

En lo principal: denuncia infracción al artículo 3° letra a); **en el primer otrosí:** acompaña documento; **en el segundo otrosí:** señala forma de notificación; **en el tercer otrosí:** solicita confidencialidad de cierta información.

SR. FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Felipe Ignacio Vega Gómez, chileno, abogado, [REDACTED]

[REDACTED], a
UD. respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en artículo 39 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), y en virtud de los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen, vengo en denunciar la infracción a la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, por haberse verificado un **acuerdo que involucró a competidores —del tipo *Hub & Spoke*— y que consistió en la limitación de distintos canales de televisión (*spokes*) de la parrilla programática y contenido, a instancias de la autoridad (*hub*)**. Se trata, entonces, de una colusión de limitación de producción (“cartel duro”) perpetrada por distintos agentes económicos partícipes en el mercado de televisión abierta como oferentes, y el Ministro del Interior del Estado de Chile (en adelante “Denunciados”), llevada a cabo durante la vigencia de un Estado de Excepción Constitucional declarado por la autoridad. Veamos:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Como es de público conocimiento, el Presidente de la República declaró en distintas zonas del país el estado de excepción constitucional denominado Estado de Emergencia, regulado en los artículos 39 y siguientes de la Constitución Política de la República (“CPR” o “Carta Política”). Y conforme lo dispone el artículo 43 de la Carta Política, dicho estado de excepción el Presidente de la República puede restringir las libertades de *locomoción* y de *reunión*.

2. En ningún caso, entonces, el referido Estado de Emergencia autoriza a la autoridad a coordinar a los agentes económicos en ninguna variable competitiva, menos aquellas que son las más sensibles para la competencia, como es la limitación de la cantidad a producir.

3. Como bien es sabido por esta Fiscalía Nacional Económica, la intervención de la autoridad no es óbice para la configuración de ilícitos monopólicos, no obstante la virtud atenuante de la responsabilidad que pueda implicar dicha intervención.

II. EL ACUERDO QUE INVOLUCRÓ A COMPETIDORES ENTRE SÍ

4. Con fecha 25 de octubre de 2019, la Federación de Trabajadores de Canales de Televisión ("FETRA TV"), según se acredita en documento que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación, se dirigió a Ernesto Corona Bozzo, presidente de la Asociación Nacional de Televisión ("ANATEL") denunciando ciertos hechos.

5. En concreto, el referido documento sostiene que el Ministro del Interior, don Andrés Chadwick:

*"ha citado en el curso de esta semana a **todos los directores ejecutivos de medios televisivos a La Moneda**, lo que implicaría una clara intervención en la definición de las líneas editoriales y de prensa **para cubrir la información de los medios respecto del estallido social que hoy conmueven al país**".*

6. Estos directores ejecutivos representaron en dicha reunión, a lo menos, a los siguientes canales de televisión abierta: **(i)** La Red Canal de Televisión ("La Red"); **(ii)** Televisión Nacional de Chile ("TVN"); **(iii)** Megavisión Canal de Televisión ("Mega"); **(iv)** Chilevisión ("CHV"), y; **(v)** Canal Trece Televisión ("Canal 13").

III. EL MERCADO

7. A continuación, se hará referencia a la definición del mercado relevante desde el punto de vista del producto, geográfico y temporal, en que se enmarca la presente denuncia.

8. Desde el punto de vista temporal, los actos de los Denunciados comenzaron a verificarse desde la reunión de los distintos agentes económicos competidores de la televisión abierta con la autoridad para definir el contenido a ofrecer a la comunidad. Desde el punto de vista geográfico, la extensión es nacional, toda vez que el alcance territorial de los canales de televisión abierta es de todo el país.

9. Desde el punto de vista del producto, la variable competitiva sobre la que recayó el acuerdo es la producción: contenido programático; y, en este sentido, es un cartel denominado como “cartel duro” (*hard core cartel*), cuya sanción se rige por la regla *per se* (siguiendo al modelo estadounidense) o, a lo menos, rige una inversión en la carga probatoria, como ocurre en las restricciones por el objeto (*restriction by object*) del derecho comunitario europeo.

10. Lo anterior, por cuanto los canales de televisión abierta compiten por el contenido que entregan a la comunidad, por lo que si se aúnan para acordar el mismo, limitándolo, ello es una limitación de la producción en el mercado en que compiten.

IV. LA CONDUCTA DENUNCIADA

11. Los hechos descritos se enmarcan dentro del tipo de colusión del literal a) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211, específicamente es un cartel sobre limitación de la producción. Al efecto, prescribe la norma en comento:

“Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los **acuerdos** o prácticas concertadas **que involucren a competidores entre sí, y que consistan en** fijar precios de venta o de compra, **limitar la producción,**

asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”

12. Como bien sabe esta Fiscalía Nacional Económica, tras la modificación legal de 30 agosto de 2016 (Ley N° 20.945), se introdujeron importantes modificaciones en el cuerpo legal de la libre competencia en lo que respecta a la sanción de la colusión. En primer lugar, se permite incluir como sujeto activo de la conducta a agentes que no son competidores, pues mientras la antigua prescripción se refería a “competidores entre sí”, la nueva redacción de la norma se refiere a los acuerdos “que involucren a competidores entre sí”, permitiendo la sanción de la colusión en la modalidad *hub & spoke conspiracy* no solo de los agentes económicos competidores (*spoke*), sino que además, respecto del *sheriff* de la conducta horizontal (*hub*). Por ello, es que la autoridad, representada por el Ministro del Interior, también forma parte de los denunciados por la práctica concertada.

13. En segundo lugar, respecto de aquellos acuerdos (o prácticas concertadas) recaídos sobre ciertas variables competitivas (precio, cantidad, zonas), el legislador buscó suprimir el requisito de que la conducta confriese poder de mercado a los competidores, adelantando con ello la barrera de punibilidad de la conducta. Precisamente, es lo que tiene lugar en la presente denuncia, pues como se dijo, se trata de un acuerdo horizontal recaído sobre la variable de producción o cantidad. En otras palabras bajo la nueva redacción típica de la colusión en el modelo nacional, o bien no está permitido a los agentes económicos probar una eficiencia derivada del acuerdo sobre dichas variables competitivas (precio, cantidad, zonas), o bien es carga de ellos probar la existencia de estas eficiencias¹.

14. Como correlato del acuerdo denunciado, la parrilla programática efectivamente se constriñó durante los días sábado y domingo, abarcando contenidos totalmente diversos a aquellos producidos con anterioridad; lo que, por cierto, ocurrió respecto de todos los canales de televisión abierta a la vez.

¹ Es precisamente esta la diferencia entre el modelo estadounidense y el modelo europeo (OECD, “*Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note*” (2019) pp. 38 y 39). Pero cualquiera sea el caso, en la interpretación más permisiva para los agentes económicos, recaería sobre ellos la carga de probar las eficiencias.

15. Situación que dista mucho de la realidad nacional, que si fue cubierta por ciertos medios de prensa escritos, los que, aunque forman parte de un mercado relevante diverso, muestran la efectiva desviación concertada de los contenidos de la televisión abierta.
16. Desviación de contenido que produjo un evidente perjuicio a la comunidad, que se encontraba (y encuentra) en la necesidad de enterarse sobre la contingencia nacional, no por un simple acto de erudición, sino que en cambio, por razones muy diversas, que van desde la seguridad personal frente a posibles focos de desmanes hasta tener noticias sobre familiares de los que no han tenido noticia.
17. Pero aunque nada de lo expuesto en el párrafo precedente fuese efectivo —y lo es— y los medios de televisión abierta se hubiesen coordinado para restringir la producción de contenido en beneficio de la comunidad, ello no obstaría a la verificación del cartel de limitación de producción que se acusa en esta presentación.
18. En efecto, como se viene diciendo, y como bien sabe esta Fiscalía Nacional Económica, la nueva redacción típica de la norma abarca como injustos monopólicos conductas coordinadas —sobre precios, cantidades y zonas de mercado— cualquiera sea el escenario en que tenga lugar. Y ello quedó muy claro en la historia fidedigna del establecimiento de la norma².
19. En particular, y para despejar toda duda al respecto, el Fiscal Nacional Económico de la época ante la pregunta de un diputado sobre si sería típico un **acuerdo** de precios entre competidores **para hacer frente a una situación de emergencia** en beneficio de los consumidores, expresó categóricamente que *“lo importante es aclarar que la intención es perseguir los cárteles per se, más allá de sus efectos, como sucede en los delitos de peligro...esto viene de la tradición anglosajona y se busca entregar el mensaje que no hay cartel bueno, cualquier acuerdo entre competidores queda excluido”*³.
20. Pese a ello, esta denuncia se hará cargo en los párrafos siguientes de evidenciar la efectiva afectación, o a lo menos su puesta en peligro, del bien jurídico tutelado.

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: “Historia de la Ley N° 20.945”, p. 143.

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: “Historia de la Ley N° 20.945”, p. 199.

V. LA AFECTACIÓN Y/O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO

21. Por otra parte, y por si alguna duda existiese, la conducta denunciada implica una evidente lesión, o a lo menos puesta en peligro, del bien jurídico tutelado. Ello, pues la jurisprudencia administrativa de esta Fiscalía Nacional Económica está conteste en que el bien jurídico tutelado no es el bienestar financiero o contable del consumidor, por lo que la circunstancia de que la oferta programática no tenga costo para los consumidores en nada altera el disvalor de la conducta que limita el contenido (gratuito). En efecto, se ha resuelto por este organismo que “el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia no es la protección de los competidores ni de los consumidores, sino la competencia en sí misma”⁴.

22. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al respecto, ha fallado que la institucionalidad de protección a la libre competencia busca la maximización del bienestar social⁵, que se obtiene mediante la protección del proceso competitivo⁶, de la incertidumbre que le es propia⁷ y de su rol como único mecanismo de vigilancia de las actividades económicas en un mercado⁸.

23. En otras palabras, para proteger a los consumidores se debe proteger los intereses del consumidor, que no se reducen únicamente a costos (bienestar material del consumidor), sino que además, contempla la calidad de los productos, variedad e innovación⁹. Calidad, variedad e innovación que evidentemente se ve conculcada si los oferentes de contenidos en a televisión abierta se concierta para determinar el mismo, limitándolo.

24. Finalmente, se debe recalcar que a las autoridades sectoriales, cualquiera sea el mandato que se le hubiese entregado, no solo deben velar por el cumplimiento de la ley que tienen a cargo, sino que además, por el respeto de la libre competencia, pues como lo ha fallado categóricamente la Excelentísima Corte Suprema:

⁴ FNE, Minuta de Archivo de 27 de junio de 2017, recaída sobre la investigación Rol 2432-2017 FNE.

⁵ TDLC, Sentencia N° 156 de 2017, C. 98°. También tutelando el bienestar social: TDLC, Resolución N° 20 de 2007, C. 86°.

⁶ TDLC, Sentencia N° 102 de 2010, C. 64° y 65°.

⁷ TDLC, Sentencia N° 94 de 2010, C. 35°.

⁸ TDLC, Sentencia N° 160 de 2017, C. 201°. Razonamiento reiterado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, entre otras, en la decisión recaída en Sentencia N° 171 de 2019, C. 226°.

⁹ KHAN, Lina (2017): “*Amazon’s Antitrust Paradox*”, en *The Yale Law Journal*, vol. 126, 3, p. 737.

“En este escenario, resulta imperioso recordar que la Subtel es la autoridad reguladora en el marco de las Telecomunicaciones, por lo que es a ella a quien le corresponde velar no sólo por el cumplimiento de la Ley N° 18.168 y el Decreto Ley N° 211, sino que también por el respeto de la libre competencia, puesto que, como se ha señalado en este fallo, **el ordenamiento jurídico es un todo, en que los diversos cuerpos legales deben engranarse de tal forma que se eviten fricciones entre ellos, sin que se pueda desconocer que el Decreto Ley N° 211, contempla normas que forman parte del orden publico económico que no sólo los particulares están llamados a respetar, sino que también aquellas deben ser cumplidas por los órganos públicos**”¹⁰

25. Máxime, insistimos, cuando la regulación de estados de excepción constitucional en nada permite constreñir ni menos lesionar la libre competencia en los mercados; más solo la libertad de locomoción y reunión.

POR TANTO, Conforme lo expuesto, y lo dispuesto en el artículo 39 del DL 211, y demás normas pertinentes,

RUEGO A UD., tener por interpuesta la presente denuncia por los graves hechos descritos, y proceder a la investigación de éstos, conforme a todas las prerrogativas que le confiere la ley.

PRIMER OTROSÍ: por medio de este acto vengo en acompañar copia del documento de fecha 25 de octubre de 2019, dirigido por la Federación de Trabajadores de Canales de Televisión (“FETRA TV”), a Ernesto Corona Bozzo, presidente de la Asociación Nacional de Televisión (“ANATEL”).

POR TANTO,

RUEGO A UD., tener por acompañado el documento antes singularizado.

¹⁰ Corte Suprema, sentencia de 25 de junio de 2018, recaída sobre el Rol 73.923-2016, C. 19°. Énfasis agregado.

SEGUNDO OTROSÍ: vengo en solicitar al señor Fiscal Nacional Económico, que, por razones de economía procedimental, tal como dispone el artículo 9° de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, tenga a bien notificarme de todas las actuaciones derivadas de esta denuncia, a mi correo electrónico personal fovega@uc.cl

POR TANTO,

RUEGO A UD., tenerlo presente y acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: vengo en solicitar al señor Fiscal Nacional Económico, que se mantenga la confidencialidad respecto de ciertos datos de este denunciante, para lo cual se acompaña, conjuntamente con esta denuncia, una versión pública de la misma.

POR TANTO,

RUEGO A UD., acceder a lo solicitado y tener por acompañada la versión pública antes indicada.