

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA Nº 112/2011

Santiago, veintidós de junio de dos mil once.

VISTOS:

1. El requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE" o "Fiscalía", indistintamente) con fecha 7 de octubre de 2009, a fojas 163 y siguientes, en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas: Corporación de Radio Valparaíso Limitada (en adelante "CRV"), Transco S.A. ("Transco"), Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada ("Santa Ignacia"), Radio Corporación S.A. ("Radio Corporación"), Inversiones San José Limitada ("San José"), Altronix Comunicaciones Limitada ("Altronix"), Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada ("Duplex"), Bío Bío Comunicaciones S.A. (Bio Bío), Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia. En su requerimiento, la Fiscalía señala lo siguiente:

1.1. Imputa a los requeridos haber ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en nueve localidades del país, dentro del marco de los concursos públicos del año 2007, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones, ejecutando diversas acciones para implementar dichos acuerdos. Dichas conductas habrían sido organizadas por CRV, Transco y Santa Ignacia, y por sus representantes legales señor Wagner y señor Toro.

1.2. Como consecuencia de estos actos, las licitaciones en cuestión fueron adjudicadas a un precio menor al que hubiera resultado de un proceso competitivo, lo que infringe el artículo 3 del D.L. 211.

1.3. El mercado relevante indicado por la Fiscalía en este requerimiento se circunscribe a cada una de las concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, asignadas mediante licitación. En cuanto al mercado relevante geográfico, señala que corresponde a la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.

1.4. Respecto de las barreras a la entrada, la Fiscalía manifiesta que estarían determinadas por las bases administrativas que rigen los concursos públicos para la obtención de concesiones de radiodifusión sonora FM establecidas por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

autoridad sectorial. Precisa que los costos relevantes asociados a la primera etapa de los concursos no tienen la entidad de constituir una barrera a la entrada, pues todo postulante debe incurrir en ellos al postular y que, inserto en el proceso, todo postulante que calificó en la etapa técnica se convierte en competidor relevante en la fase de licitación.

1.5. En cuanto a comportamientos estratégicos, indica la FNE que, dada la normativa de los concursos de radiodifusión, es inoficioso implementar estrategias y que, atendido lo anterior, las requeridas optaron por instigar a sus competidores para ejecutar hechos y suscribir acuerdos destinados a eliminar la competencia.

1.6. Señala además que ciertas características estructurales del mercado facilitaron las conductas materia del requerimiento: a) escasa o nula entrada; b) frecuente interacción; c) pequeño número de empresas; d) transparencia del mercado; e) conocimiento e interrelaciones entre los oferentes.

1.7. En relación con las conductas contrarias a la libre competencia, la FNE afirma que los acuerdos celebrados por las requeridas han tenido por objeto y efecto fijar a la baja el precio de las ofertas en las licitaciones, eliminando la competencia y obteniendo beneficios, ya sea por asignarse un número relevante de concesiones -como en el caso de CRV y Radio Valparaíso-, o bien obteniendo el pago de sumas de dinero por la cesión de su derecho a la postulación (como en el caso de Duplex, San José, Altronix, Transco y Santa Ignacia, las últimas a través de Wagner y Toro). Dichos acuerdos infringen, a juicio de la Fiscalía el inciso 1° del artículo 3° del DL 211.

1.8. En cuanto a la colusión, señala la Fiscalía que, en el caso particular, consiste en: a) fijar a la baja los montos de las ofertas, b) asegurar el triunfo a un postulante, c) falsear la competencia en las licitaciones, y d) defraudar al Estado a través de pago de una menor suma por el espectro radioeléctrico. Como consecuencia de este ilícito, dos operadores de radiodifusión, CRV y Radio Valparaíso, se adjudicaron el 46% de las concesiones resueltas por licitación en el período 2006- 2007.

1.9. Atendido lo expuesto, la FNE solicita el cese de este tipo de prácticas; que se ordene no ejecutarlas en el futuro; poner término a actos, contratos que impliquen ejecución o celebración de acuerdos anticompetitivos; se ordene dejar sin efecto las adjudicaciones de las licitaciones para las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Pichilemu, Pichidanguí, LLay Llay, Alerce y Coihaique; todo lo anterior con expresa condena en costas. En cuanto a las multas, la FNE solicita un monto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de 2.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) respecto de cada uno de los siguientes requeridos: CRV, Cristián Wagner Muñoz, Santa Ignacia, Transco y Claudio Toro Arancibia; de 200 UTA respecto de Inversiones San José Ltda.; de 50 UTA respecto de Radio Corporación; de 100 UTA para Altronix y Duplex; y, por último, de 20 UTA para radio Bío Bío;

2. La contestación del requerimiento, presentada con fecha 26 de octubre de 2009, según consta a fojas 235 y siguientes, por la parte de Radio Corporación S.A., solicitando que sea rechazado el requerimiento en todas sus partes, por los motivos que a continuación se resumen:

2.1. Aclara en primer lugar que Radio Corporación S.A. es una persona jurídica distinta de Corporación Radio Valparaíso Limitada (CRV).

2.2. En cuanto al fondo, esta requerida alega que las acciones iniciadas y los actos de que da cuenta el requerimiento se encuentran prescritos. Los hechos en que se habría visto envuelta esta requerida datan del año 2006, respecto de las licitaciones de Ovalle y Tocopilla; y en el segundo cuatrimestre del 2007, respecto de la licitación de radio de Llay Llay, habiendo transcurrido los dos años que establece el artículo 20 del DL 211.

2.3. Indica además que Radio Corporación S.A. pertenece en un 99% a la entidad religiosa denominada Iglesia Evangélica Misión Poder Pentecostal. Su fin es divulgar la fe cristiana y llevar a cabo campañas para recaudar donaciones de feligreses.

2.4. Señala que nunca ha tenido la intención de realizar un acto contrario a la libre competencia y que no es efectivo que se hayan adjudicado junto a CRV el 46% de las licitaciones.

2.5. La requerida explica que cuenta con 28 frecuencias. De ellas, 15 han sido compradas a particulares (13 a través de concurso público los años 2006 – 2007), lo que en un universo de 120 licitaciones representa el 5% de ellas y no el 46%, como señala la FNE.

2.6. En cuanto a la participación en los acuerdos, explica que su actuar se vio motivado por la falta de fondos para levantar las instalaciones que permitirían operar y transformar en una radio la concesión licitada. Indica que las ofertas presentadas fueron bajas pues, de no ofrecer dinero alguno habría perdido la garantía otorgada para participar en el proceso. La idea era recuperar dichos dineros para solucionar los problemas urgentes e impostergables de la Iglesia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.7. Señala que dicho acuerdo no puede ser considerado como atentatorio contra la libre competencia, y que no tuvo por objeto restringirla.

2.8. Respecto del pago efectuado a Radiofusiones Fernando Zambra, reconoce haberlo efectuado y señala que era la costumbre para tener claridad acerca del mercado específico en cuestión, es decir, para saber quiénes participarían seriamente en la licitación y quién tenía capacidad para levantar la radio. Su objeto fue transparentar el mercado y la conducta se reduce a pagar por información.

2.9. Cierra su presentación afirmando que su actuar no ha buscado ni tendido a tener un monopolio, ni el control, ni siquiera influencia relevante en el mercado de las radios;

3. La contestación del requerimiento presentada con fecha 2 de noviembre de 2009, según consta a fojas 276 y siguientes, por la parte de Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda., en adelante también “Duplex”, solicitando su rechazo en atención de los argumentos que a continuación se indican:

3.1. Relata que en los concursos cuestionados del año 2007, Duplex participó cumpliendo todos los requisitos de las bases para las localidades de los Vilos y Pichidangui (Segundo Cuatrimestre) y Pichilemu (Tercer Cuatrimestre).

3.2. Indica que Duplex es una empresa pequeña a la que le resultaba imposible competir económicamente con otras empresas del rubro. Dicha situación la exponía a perder lo invertido y comprometer boletas de garantía por largos períodos. Atendido lo anterior, resultaba razonable excluirse del proceso a través de la enajenación de los derechos adquiridos, correspondientes a los resultados de las evaluaciones en los concursos, a otra empresa que tuviese interés en adquirir estos derechos.

3.3. En cuanto a los fundamentos del requerimiento de la FNE, esta requerida señala que le era irrelevante la identidad de quién se adjudicaría la licitación y que, tras el resultado de las evaluaciones de Subtel, cedió sus derechos con el ánimo de recuperar la inversión. Indica que las concesiones no tienen precio, que no existe un avalúo que permita hacer referencia a un valor y que en el llamado a licitación no se establecían mínimos.

3.4. Respecto de la licitación de la localidad de Los Vilos, Duplex señala que cedió sus derechos a Radio Bío Bío, al no tener posibilidad alguna de adjudicarse la concesión y con el objeto de evitar perder la inversión efectuada en el concurso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que el precio de la cesión de sus derechos de postulación fue de \$3.000.000.

3.5. Respecto de la licitación para la localidad de Pichilemu, Duplex acordó la cesión de su derecho de postulación a Santa Ignacia en la suma de \$1.500.000.-

3.6. A su entender, la cesión de derechos de postulación no constituye una práctica anticompetitiva. Agrega que se trata de prácticas habituales que se practican desde los primeros concursos, a mediados de la década pasada. Nunca antes hubo reparos a este respecto por parte de las autoridades respectivas.

3.7. En cuanto al mercado comprometido y las barreras de entrada, indica que la Fiscalía reprocha el procedimiento establecido en la ley, siendo imposible para Duplex tanto modificar dicho proceso previamente definido como hacerse cargo de la presunta irregularidad. Es Subtel quien define a los postulantes que participan en la licitación respectiva.

3.8. Duplex resalta que es la propia FNE quien destaca la facilidad con que nuevos actores pueden ingresar al mercado y que, por ende, se trataría de un mercado altamente desafiante. En este escenario, los ilícitos imputados no son más que acuerdos entre particulares que se encuentran en una potencial igualdad de condiciones, con cuyos actos es imposible el daño a terceros.

3.9. En cuanto a las afirmaciones de la FNE sobre comportamiento estratégico, Duplex se allana a lo expuesto por la Fiscalía, es decir, que dada la normativa de los concursos de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, resulta inoficioso implementar este tipo de estrategias.

3.10. Respecto de las afirmaciones de la FNE sobre las características facilitadoras de la colusión, afirma la requerida que resulta imposible atribuir responsabilidad a Duplex por las condiciones del mercado, en particular cuando existe un órgano administrativo encargado de regularlo y fiscalizarlo.

3.11. Duplex afirma también que su participación se limitó a ceder sus derechos en las postulaciones, por lo que no se le puede imputar que las cesiones celebradas de acuerdo a la ley y al principio de autonomía de la voluntad hayan tenido por objeto y efecto eliminar la competencia, toda vez que existían otros participantes en iguales condiciones técnicas, quienes tendrían la posibilidad cierta de adjudicarse la concesión. Señala que no ha fijado precios de las propuestas y que su única intención ha sido no perder los dineros de la boleta de garantía.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.12. Indica además que tampoco es efectivo que haya designado al ganador de la licitación y que no es efectivo que haya obtenido beneficio en dinero. La cesión sólo permitía recobrar los costos del proyecto y recuperar la boleta de garantía. En ello no hay comportamientos anticompetitivos.

3.13. En cuanto a las infracciones que se le imputan, afirma que no existe colusión, pues no ha existido una concertación entre las distintas sociedades, ni tampoco daño a terceros, por lo que el tipo de la colusión no se satisface. Lo que se configura en la especie es una fuerte competitividad dadas las características del mercado. En dicho mercado existe una fuerte fiscalización del ente regulador.

3.14. Los hechos que se imputan a Duplex -afirma- tienen una explicación distinta, por lo que la situación legalmente reprochable no se concretó. Alega en su beneficio haber actuado de buena fe en la cesión de los derechos de postulación; haber cooperado en la investigación de la FNE y en la circunstancia de haber participado de una “práctica” común en el mercado de radiodifusión sonora.

3.15. Por último, Duplex indica que la multa solicitada es arbitraria y desproporcionada, y reitera su solicitud de rechazo al requerimiento formulado en su contra. Para el caso que este Tribunal resuelva la procedencia de multarla, solicita le sea aplicado el mínimo monto posible;

4. La contestación del requerimiento presentada con fecha 2 de noviembre de 2009, según consta a fojas 312 y siguientes, por Altronix Comunicaciones Limitada, en adelante “Altronix”, solicitando su rechazo conforme los argumentos que a continuación se expresan:

4.1. Altronix señala que sólo le cupo participación en el concurso correspondiente al Primer Cuatrimestre del año 2007 para las localidades de Nueva Imperial, Alerce y Coihaique, resultando evaluada con máxima puntuación, por lo que debía participar en la licitación.

4.2. Indica que es una empresa pequeña de servicios de ingeniería, con recursos económicos limitados, a la que le resultaba difícil competir con cadenas de gran tamaño. En dicho contexto, era razonable excluirse de aquellos procesos de concurso en los que, en etapa de licitación, enfrentaba a postulantes de gran capacidad económica.

4.3 La exclusión ocurrió únicamente en el concurso del Primer Cuatrimestre de 2007, para las localidades de Alerce y Coihaique, al ceder sus derechos a Transco en la cantidad de \$10.000.000. Dicha cesión le permitió recuperar la inversión del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concurso y enfrentar la licitación de Nueva Imperial con mayores recursos económicos, en la que ofertó la cantidad de \$5.150.000.-

4.4 Altronix afirma que le era irrelevante la identidad de quién se adjudicaría la licitación y que, tras el resultado de las evaluaciones de Subtel, cedió sus derechos con el ánimo de recuperar la inversión respecto de los concursos de Alerce y Coihaique.

4.5. Indica además que las concesiones no tienen precio, que no existe un avalúo que permita hacer referencia a un valor, y que en el llamado a licitación no se establecían mínimos.

4.6 Respecto de la licitación de las localidades de Alerce y Coihaique, Altronix corrige a la FNE en el sentido de señalar que la cesión se hizo a Transco y no a CRV, y afirma que la suma simbólica que ofertó la presentó con el ánimo de no adjudicarse la concesión y con el objeto de evitar perder la inversión efectuada en el concurso.

4.7. A su entender, la cesión de derechos de postulación no constituye una práctica anticompetitiva. Agrega que se trata de prácticas habituales que se practican en el mercado y que nunca antes hubo reparos a este respecto por parte de las autoridades respectivas.

4.8. A propósito del mercado comprometido y de las barreras de entrada, Altronix indica que la FNE reprocha el procedimiento establecido en la ley, siendo imposible para Altronix tanto modificar dicho proceso previamente definido como hacerse cargo de la presunta irregularidad. Agrega que es Subtel quien define a los postulantes que participan en la licitación respectiva.

4.9. Luego, Altronix afirma que la FNE yerra al desmembrar la etapa de licitación del contexto total del concurso.

4.10. Asimismo, indica que es la propia FNE quien resalta la facilidad con que nuevos actores pueden ingresar al mercado y que, por ende, se trata de un mercado altamente desafiante. En este escenario, los ilícitos imputados no son, a su juicio, más que acuerdos entre particulares que se encuentran en una potencial igualdad de condiciones, con cuyos actos es imposible dañar a terceros.

4.11. En cuanto a lo señalado por la FNE respecto de comportamientos estratégicos, Altronix se allana a lo expuesto por la FNE en cuanto a que, dada la normativa de los concursos de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, resulta inoficioso implementar este tipo de estrategias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.12. En cuanto a lo señalado por la FNE sobre las características facilitadoras de la colusión, afirma la requerida que, en ese entendido, resulta imposible atribuir responsabilidad a Altronix por las condiciones del mercado, en particular cuando existe un órgano administrativo encargado de regularlo y fiscalizarlo.

4.13. Altronix reitera que su participación se limitó a ceder sus derechos en las postulaciones, por lo que no se le puede imputar que las cesiones celebradas de acuerdo a la ley y al principio de autonomía de la voluntad hayan tenido por objeto y efecto eliminar la competencia, toda vez que existían otros participantes en iguales condiciones técnicas, quienes tendrían la posibilidad cierta de adjudicarse la concesión.

4.14. Altronix indica que no ha fijado precios de las propuestas; que su única intención ha sido no perder los dineros de la boleta de garantía; que no es efectivo que haya designado al ganador de la licitación; que la cesión de los derechos de postulación no tenía esa posibilidad; que no es efectivo que haya obtenido beneficio en dinero; y que la cesión sólo permitía recobrar los costos del proyecto y recuperar la boleta de garantía. En ello no hay comportamientos anticompetitivos.

4.15. Asimismo, Altronix niega la existencia de colusión pues, a su juicio, no ha existido una concertación entre las distintas sociedades, ni tampoco daño a terceros, por lo que el tipo de la colusión no se satisface. Lo que se configura en la especie –indica- es una fuerte competitividad dadas las características del mercado. En dicho mercado existe una fuerte fiscalización del ente regulador.

4.16. Alega además en su beneficio haber actuado de buena fe en la cesión de los derechos de postulación; su cooperación en la investigación de la FNE; y el haber participado de una “práctica” común en el mercado de radiodifusión.

4.17. Altronix concluye su presentación afirmando: a) que la multa solicitada debe ser dejada sin efecto en atención a la buena fe que ha inspirado su actuar; b) que no ha defraudado al Estado; c) que no ha habido perjuicio patrimonial efectivo y directo al Fisco; y, d) que realizó históricamente una cesión de derechos en un único concurso para localidades de reducida población y de baja rentabilidad comercial en comparación a otras localidades mencionadas en el requerimiento, por lo que descarta una práctica reiterada. Por todo lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento, la declaración de improcedencia de la multa por no concurrir en la especie los elementos fundamentales de la colusión y, para el caso que este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tribunal resuelva la procedencia de multar, solicita le sea aplicado el mínimo monto posible;

5. La contestación del requerimiento por Bío Bío Comunicaciones S.A., en adelante también “Bío Bío”, presentada con fecha 20 de noviembre de 2009, según consta a fojas 356 y siguientes, previa resolución que acoge la excepción dilatoria opuesta por la requerida y que tiene por rectificado el requerimiento, en el sentido que éste se dirige en contra de Bío Bío Comunicaciones S.A.. En su contestación, Bío Bío solicita el rechazo del requerimiento, con costas, atendido que jamás ha formado parte de un acuerdo destinado a falsear el resultado de concursos ni licitaciones ni concesiones de radiodifusión. Señala que ha adquirido legítimamente todas y cada una de las concesiones que posee. Funda su posición en los argumentos que a continuación se reproducen:

5.1. Bío Bío indica que su aparente participación en los hechos de autos queda limitada, según los dichos de la FNE, a un acuerdo con Duplex, supuestamente destinado a asegurar a Bío Bío la adjudicación de una concesión en Los Vilos, consistente en que Duplex, previo pago de Bío Bío, presenta una oferta simbólica y predefinida en la licitación llevada a cabo en junio de 2008.

5.2. Señala Bío Bío que la FNE pretende relacionar este hecho con el plan de expansión de CRV, sin que exista antecedente alguno que permita arribar a tal conclusión.

5.3. Luego, Bío Bío explica que lo que aconteció fue que, en forma previa a la licitación, habiendo Bío Bío resuelto ya el precio a ofertar (\$1.100.000) y tomado la boleta de garantía de seriedad de la oferta, recibió un llamado de Duplex, ofreciéndole su posición en el concurso. El trato consistió en que, a cambio de un precio a todo evento, si Duplex resultaba adjudicatario en la licitación, transferiría a Bío Bío la concesión. No se acordó un precio a ofertar en la licitación.

5.4. El apoderado de Bío Bío aceptó la proposición, ofertó en la licitación el precio definido con anterioridad y se adjudicó la concesión.

5.5. La conducta de Bío Bío no estuvo encaminada a lesionar la competencia, pues no se dirigió ni a perjudicar al licitante ni a excluir competidores. En este entendido, Bío Bío afirma que nada puede haber de ilegítimo *per se* en la cesión de la posición en una licitación, acto que es previo al otorgamiento de una concesión, si tampoco lo es ceder la concesión ya otorgada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.6. Destaca Bío Bío que, apenas tomó conocimiento del cuestionamiento de esta conducta, renunció a la adjudicación obtenida.

5.7. En cuanto al mercado de la radiodifusión, Bío Bío realiza una descripción detallada del mercado en general y del mercado en Los Vilos en particular, para cerrar dicho capítulo efectuando una serie de observaciones al requerimiento de la FNE que, básicamente, dicen relación con que el requerimiento adolecería de errores y omisiones.

5.8. En cuanto al mercado relevante, Bío Bío discrepa de la definición dada por la FNE y estima que, en este caso, la industria que interesa no es la de las concesiones o la de licitación en concesiones, sino el servicio de radiodifusión sonora en que la principal fuente de financiamiento la constituyen los ingresos por la venta de espacios publicitarios. Atendido lo anterior, estima Bío Bío que el mercado relevante al caso es el avisaje en radios en el territorio nacional, sin perjuicio de la existencia de mercados locales.

5.9. Tras su análisis, concluye que la participación de Bío Bío en un acuerdo como el que se denuncia carece de toda lógica económica pues faltan, al menos, poder de mercado conjunto, el beneficio del bajo precio para Bío Bío, la compensación a CRV por parte de Bío Bío y la interacción en licitaciones.

5.10. En cuanto a la conducta de Bío Bío, señala esta requerida que efectivamente hubo un acuerdo entre Duplex y Bío Bío, pero que éste no tuvo por finalidad acordar anticompetitivamente un ganador, y que de hecho no tenían cómo hacerlo, dado que había otro participante, CRV, que no formó parte del acuerdo, al menos con Bío Bío.

5.11. Reitera Bío Bío que no tiene vinculación con la supuesta asociación entre CRV, Transco, Santa Ignacia y los señores Wagner y Toro para la conversión de CRV en una cadena nacional, ni con el supuesto acuerdo liderado por esas dos empresas destinado a falsear la competencia en licitaciones de concesiones radiales predeterminando un ganador y a un precio defraudatorio para el Estado.

5.12. En cuanto a las conductas imputadas por la FNE, Bío Bío afirma que dicho organismo ha fundado su requerimiento en la existencia de acuerdos anticompetitivos, liderados por CRV y Transco, destinados a predeterminar el adjudicatario, a un bajo precio en ciertos procesos de licitación, pero que, sin embargo, no ha podido entregar antecedente alguno que vincule a Bío Bío en estos hechos, ni con sus efectos, ni participación alguna, por lo que el requerimiento debe ser rechazado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.13. Señala además que, en caso de estimar el Tribunal que la FNE ha acusado a Bío Bío por su acuerdo con Duplex, ha de considerarse que dicho acuerdo sería inocuo para la competencia, pues no tuvo por objeto acordar el adjudicatario ni cualquier otra conducta anticompetitiva.

5.14. En cuanto a la imputación de colusión, Bío Bío señala que no existen antecedentes de los cuales pueda inferirse la existencia de voluntad de la requerida encaminada a concordar con otro competidor un propósito anticompetitivo; tampoco existen antecedentes que permitan sostener que Bío Bío ha pactado con algún competidor efectivo (Duplex no lo era en opinión de la requerida); no ha existido daño a la competencia y, en caso de estimarse que lo hubo, este ha desaparecido desde que Bío Bío renunció a la concesión en cuestión, antes de su otorgamiento. Por último, señala que en el caso de estimarse que ha existido un acuerdo colusivo, éste no habría tenido la virtud de conferir a la requerida poder de mercado;

6. La contestación del requerimiento presentada con fecha 20 de noviembre de 2009, según consta a fojas 444 y siguientes, por Inversiones San José Limitada, en adelante también "San José", solicitando su rechazo y, en subsidio, la rebaja sustancial de la multa, con costas.

6.1. Afirma esta requerida haberse reunido el 29 de octubre de 2008 con Claudio Toro -en representación de Inversiones Santa Ignacia- en el Hotel Atton, en la que el Sr. Toro les habría señalado tener conocimiento del nulo interés de San José en participar en la licitación de Iquique. Al día siguiente, ambas sociedades celebraron en una Notaría la cesión de derechos que da origen a la acusación en contra de esta requerida.

6.2. Indica San José que sólo se acordó un precio por la cesión de los derechos de postulación, pero que jamás se acordó un modo predefinido en el que Inversiones San José debía hacer su postura en la licitación por Iquique. La idea de la requerida era recuperar las boletas de garantía.

6.3. San José reitera que en dicha cesión sólo se incluyó Iquique, y que nunca se incluyó La Serena.

6.4. Alude también a la circunstancia de que se le habría indicado por parte del representante de Inversiones Santa Ignacia que este tipo de acuerdos era común, y que existía un formulario tipo para estos efectos, lo que llevó a la requerida a pensar que no había hecho ilícito alguno involucrado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.5. El día 4 de noviembre de 2008 concurrió a la sesión de apertura de sobres e hizo una postura por el precio nominal de \$50.000 por localidad, en una sala en la que había once participantes. Recuperó sus boletas de garantía y relata que la frecuencia radial de la ciudad de Iquique fue adjudicada a Corporación de Radio Valparaíso Limitada, un tercero en la cesión y con quien la requerida no tiene relación alguna.

6.6. Respecto de la colusión, niega su existencia y afirma que no se configuran en la especie los requisitos de este ilícito anticompetitivo.

6.7. Respecto de la cesión de derechos, Bío Bío señala que se trata de un contrato lícito y regulado por la ley chilena; que no pudo tener efectos anticompetitivos pues no tenía cómo saber, de ser cierto, que existía una vinculación entre Santa Ignacia, CRV y otros con miras a mejorar su posición en los procesos de licitación, ni que la cesión era un instrumento para ello; que no existe relación de causalidad, y que, por último, no existe dolo.

6.8. Bío Bío también desvirtúa los requisitos específicos para que se configure la infracción de colusión, de acuerdo a su interpretación del artículo 3, letra a) del D.L. N° 211, señalando que jamás existió un acuerdo expreso o tácito; que la cesión de derechos no pudo conferirle poder de mercado a la requerida; que no tenía forma de influir en decisiones de otros postulantes ni en los resultados de la licitación; y que, por último, no ha existido dolo en su conducta. La requerida se limitó a ceder sus derechos de participación en la licitación y concurrió a ella con el objeto de recuperar las boletas de garantía.

6.9. En cuanto a la multa, señala la requerida que es improcedente, y que para el caso que Tribunal estime que Bío Bío incurrió en un hecho contrario a la libre competencia, ésta sea rebajada sustancialmente.

6.10. Por todo lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento y, en subsidio, la rebaja sustancial de la multa, con costas;

7. La contestación del requerimiento presentada con fecha 20 de noviembre de 2009, según consta a fojas 484 y siguientes, por Corporación de Radio Valparaíso Limitada, en adelante también "CRV", solicitando su rechazo, atendidos los argumentos que a continuación se indican:

7.1. CRV relata cómo ingresó al mercado de la radiodifusión; cómo se gestó la incorporación de Cristián Wagner a su proyecto; la forma en que fue creciendo el negocio radial de CRV; cómo fueron adquiridas nuevas concesiones en concursos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

públicos; el rol que le cupo en ellas al Sr. Wagner; la denuncia de Subtel en cuanto a la detección de una posible colusión; la sorpresa que causó en CRV esta denuncia; la investigación que se llevó a cabo en su interior; el inicio de la investigación de la FNE; y sus observaciones respecto del requerimiento presentado en su contra.

7.2. Respecto del mercado relevante, señala la requerida que es el mercado de la radiodifusión, geográficamente limitado al área de servicio de la respectiva concesión.

7.3. Respecto de las barreras a la entrada, señala que son bajas, salvo en ciertas localidades donde el espectro radioeléctrico se encuentra saturado.

7.4. En cuanto a las conductas cuestionadas por el requerimiento, CRV indica que los acuerdos no han producido efectos en la competencia en los distintos mercados involucrados, pues carecían de la aptitud para ello. El mercado radial es dinámico, atomizado y con fuerte competencia, de modo que la adjudicación de una concesión en licitación a un determinado competidor no produce efecto alguno en el mercado.

7.5. Alega además CRV en su beneficio otras excepciones y defensas, que son las siguientes: a) ausencia de ilicitud bajo el DL 211 y la incompetencia del Tribunal para conocer de eventuales ilícitos administrativos; b) la habitualidad de la conducta en el mercado de la radiodifusión, lo que revela que Subtel conocía con anterioridad de estos acuerdos; c) la conducta posterior de CRV, en el sentido de desvincular inmediatamente al Sr. Wagner; d) los perjuicios sufridos por CRV; e) la prescripción de todos los hechos ocurridos con antelación a dos años contados desde la notificación del requerimiento, es decir, el 15 de octubre de 2009; y f) la desproporcionalidad de la multa solicitada.

7.6. Atendido lo expuesto, CRV solicita el rechazo del requerimiento, con costas; la declaración que CRV no ha infringido las normas de defensa de la libre competencia; y, en subsidio, que la multa solicitada se rebaje a la suma que el Tribunal determine;

8. La contestación del requerimiento, presentada con fecha 21 de noviembre de 2009, según consta a fojas 509 y siguientes, por don Cristián Wagner, don Claudio Toro, la Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, en adelante también "Santa Ignacia", y Transco S.A., en adelante también "Transco", previo rechazo de la excepción dilatoria de ineptitud del libelo opuesta por estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requeridos, solicitando que sea rechazado el requerimiento, con costas, por los motivos que a continuación se resumen:

8.1. En cuanto a los hechos -y tras detallar el contexto dentro del cual se desenvuelven las licitaciones impugnadas- estos requeridos se concentran en explicar las circunstancias exactas de la participación en los procesos de concurso público para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión en el año 2007, efectuando dicho análisis según localidad.

8.2. Respecto de Coihaique, señalan que Transco celebró con Altronix una cesión de derechos, por la suma de \$10.000.000. Por otra parte, Transco celebró con Ventisqueros otra cesión de derechos para la misma localidad, por la suma de \$3.000.000. Luego, Transco vende cede y transfiere sus derechos de postulación a CRV, empresa que valoraba la referida concesión y que accede a ella finalmente.

8.3. Respecto de Alerce, indican que Transco celebró con Altronix el mismo tipo de contrato, para posteriormente cedérselos a CRV, quien finalmente se adjudicó la concesión en \$150.000.

8.4. Respecto de Los Vilos, señalan los requeridos haber sido contactados por Duplex para preguntar si CRV tenía interés en dicha localidad. La respuesta fue negativa. Sin embargo, se hizo presente el interés por Pichidanguí. En definitiva fue Bío Bío quien se adjudicó dicha localidad, no existiendo participación de Transco a este respecto.

8.5. Respecto de Pichidanguí indican que, al no participar CRV en la licitación de Los Vilos, Duplex no lo hizo en esta localidad, adjudicándose CRV esta concesión.

8.6. En cuanto a Llay Llay, indican que Juan Chaparro estaba interesado en arrendar un espacio de la radio de mínima cobertura en Santiago Centro, de propiedad de Santa Ignacia, y que a cambio estaría dispuesto a ceder su derecho de postulación. El Sr. Toro -por Santa Ignacia- entendió la situación y arrendó el espacio radial, adjudicándose Santa Ignacia la licitación en cuestión.

8.7. Respecto de Iquique, declaran que Santa Ignacia celebró una cesión de derechos de postulación con Inversiones San José, por la cantidad de \$28.500.000. A su vez, Santa Ignacia suscribió una cesión de derechos con CRV por la suma de \$41.000.000, por la referida localidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.8. Respecto de La Serena, indican únicamente que Santa Ignacia se adjudica la concesión y que los señores Wagner y Toro sólo participan en las cesiones como mandatarios.

8.9. Respecto de Pichilemu, estos requeridos indican que Duplex cedió sus derechos de postulación a Santa Ignacia en \$1.500.000. Posteriormente, Santa Ignacia cedió tales derechos a CRV, sin indicar montos involucrados.

8.10. Respecto de Antofagasta, indican que Radio Corporación cedió sus derechos de postulación a Santa Ignacia por la suma de \$35.000.000 y que Santa Ignacia, a su vez, cedió a CRV sus derechos de postulación.

8.11. Afirman los requeridos que de lo expuesto puede concluirse que no existen acuerdos colusivos de carácter exclusorio, y que en la mayoría de los concursos que Santa Ignacia o Transco se adjudicaron, los demás postulantes carecían de recursos o de interés en materializar los proyectos de radiodifusión. De haber sido ilegítimas las cesiones, Subtel habría rechazado la participación de las requeridas, cuestión que nunca ocurrió.

8.12. Respecto del ilícito anticompetitivo que se imputa a estos requeridos, señalan que: a) no existe acuerdo entre los competidores que tengan por finalidad limitar la competencia en procesos de licitación; b) no existe aptitud objetiva y real para producir un resultado contrario a la libre competencia, pues no existe poder de mercado, tampoco existe entre los supuestos coludidos mecanismos de sanción para quien se desvíe del acuerdo y tampoco existe efecto perjudicial al Fisco.

8.13. En cuanto a las multas solicitadas, señalan los requeridos que son abusivas y excesivas, y que no se ajustan a los criterios que tanto la ley como la jurisprudencia consideran para su aplicación.

8.14. Por último, afirman estos requeridos que el requerimiento de la FNE debe desestimarse respecto de los señores Wagner y Toro, pues no han actuado sino en cumplimiento de un mandato, debiendo radicarse las eventuales conductas anticompetitivas en sus representadas;

9. Los acuerdos conciliatorios celebrados entre la Fiscalía Nacional Económica y los siguientes requeridos: a) CRV, agregado a fojas 581; b) Transco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia, agregado a fojas 587; c) Altronix Comunicaciones S.A., agregado a fojas 594; d) Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Limitada, agregado a fojas 598, e) Inversiones San José Limitada, agregado a fojas 602; y f) Radio Corporación S.A., agregado a fojas 606; acuerdos conciliatorios en los que, en general, los requeridos reconocen los hechos objetivos descritos en el requerimiento de la FNE, y esta última declara, por su parte, que este reconocimiento, y las obligaciones y conductas asumidas por los requeridos, sirven de rebaja para su pretensión punitiva en los porcentajes y montos que en cada uno de dichos acuerdos conciliatorios se indica;

10. La resolución del Tribunal dictada con fecha 16 de marzo de 2010, según consta a fojas 1041, en cuya virtud: a) se aprueban los acuerdos de conciliación parcial suscritos entre la FNE y todos los requeridos, salvo Bío Bío Comunicaciones S.A.; b) se declara concluido el proceso de conciliación; y, c) se determina continuar con la sustanciación del juicio en los términos que en la citada resolución se indican;

11. La presentación de fojas 1117, en que Soproper S.A. se hace parte en el proceso, en calidad de tercero coadyuvante;

12. La resolución que recibió la causa a prueba, cuyo texto refundido rola a fojas 1106, que contempla los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: (i) Participación de Bío Bío Comunicaciones S.A. en los hechos que se le imputan en el requerimiento y contenido y características de la información aportada por ésta a la investigación de la Fiscalía Nacional Económica que dio origen a esta causa; (ii) Objeto y efectos, actuales o potenciales, en el o los mercados en que incidirían, de los actos ejecutados y de los acuerdos o contratos celebrados entre dos o más de las requeridas, respecto de uno o más de los concursos públicos de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada del año 2007, para las localidades de Iquique, Antofagasta, Pichilemu, Alerce, Coihaique, Los Vilos, Pichidanguí, La Serena, y Llay Llay; y, (iii) Estructura, condiciones y características del o los mercados en que incidirían los actos y conductas imputadas a las requeridas. En particular, la disponibilidad de espectro radioeléctrico para otorgar concesiones de radiodifusión sonora FM en las localidades de Iquique, Antofagasta, Pichilemu, Alerce, Coihaique, Los Vilos, Pichidanguí, La Serena y Llay Llay;

13. La prueba documental y confesional rendida por la Fiscalía Nacional Económica, según se detalla a continuación:

13.1. En cuanto a la prueba documental:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13.1.1. A fojas 163 y siguientes, la FNE acompañó actas de licitaciones; Bases Generales de los Concursos Públicos de radiodifusión sonora de frecuencia modulada correspondientes al primer, segundo y tercer cuatrimestre de 2007; contratos de cesión de derechos de postulación y listados de licitaciones realizadas con motivo de los Concursos Públicos para el otorgamiento de concesiones de los años 2006 y 2007.

13.1.2. A fojas 1078 y siguientes y 1126 y siguientes, acompañó piezas del expediente de investigación Rol N° 1332-2008.

13.1.3. A fojas 2222 y siguientes, acompañó actas de declaraciones prestadas ante dicho organismo.

13.2. En cuanto a la prueba confesional solicitada por la FNE: a fojas 1609 absolvió posiciones don Lucas González Rivera en representación de Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada;

14. La prueba documental, testimonial y confesional rendida por la parte de Bío Bío Comunicaciones S.A., según se detalla a continuación.

14.1. En cuanto a la prueba documental:

14.1.1. A fojas 356 y siguientes acompañó carta de renuncia a la concesión de Los Vilos presentada a la Subtel con fecha 25 de mayo de 2009.

14.1.2. A fojas 937 y siguientes acompañó una serie de Decretos Supremos correspondientes a las concesiones de Los Vilos; copias de llamados a concursos públicos de Subtel y actas de apertura de los llamados a concurso, con nómina de propuestas presentadas para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora correspondientes a diferentes concursos; copias de actas de licitaciones; actas de sorteo; copia de llamados de Subtel a concurso público; copia de solicitud de acceso a información; copia de respuestas de Subtel; cuadros elaborados por la requerida; listados de concesiones; texto original de la Ley 18.168 y de la Ley 19.277.

14.1.3. A fojas 1036, Bío Bío acompañó Oficios Ordinarios de la Fiscalía Nacional Económica.

14.1.4. A fojas 1221 acompañó copias de Decretos Supremos relacionados con concesiones de Pichidanguí; copia de los llamados de Subtel a concursos públicos y copia de exclusiones de localidades dispuestas por Subtel correspondientes a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concursos de los años 2003 y 2006; y cuadro de evolución histórica, de elaboración propia.

14.1.5. A fojas 1267 acompañó un Estudio de Hábitos de Audiencia Radial Anuales, elaborado por la empresa IPSOS, correspondiente a los años 2007, 2008 y 2009, referido a determinadas zonas geográficas.

14.1.6. A fojas 1308 acompañó un folleto con las tarifas de Bío Bío correspondientes al año 2008 y 2010; cotizaciones de avisaje; y, Acta de Sesión Ordinaria N° 459 del Consejo Regional de Coquimbo.

14.1.7. A fojas 1328 acompañó disco compacto con grabaciones de las radios que transmitían en Los Vilos al día 18 de mayo de 2010, certificado por Notario; y certificado notarial respecto de las radios que efectuaban transmisiones a igual fecha.

14.1.8. A fojas 1329 acompañó, bajo confidencialidad, copia autorizada de renuncia a la solicitud de concesión de radiodifusión sonora en frecuencia modulada para la ciudad de los Vilos, del concurso público del segundo cuatrimestre de 2007.

14.1.9. A fojas 1330, Bío Bío acompañó copia de escrito en virtud del cual se acompaña a la investigación FNE Rol 1332-08 la renuncia de Bío Bío a la solicitud de concesión para la ciudad de Los Vilos.

14.1.10. A fojas 1414 acompañó estudios sobre Inversión Publicitaria en Chile, años 2007 y 2008, disponibles en el sitio web de ACHAP.

14.1.11. A fojas 1419 acompañó copias de extractos de modificación de la sociedad Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada.

14.1.12. A fojas 1485 acompañó Informes Técnicos de Subtel sobre monitoreo a radioemisoras y desviaciones de frecuencia de radioemisoras en Los Vilos; y, publicaciones de sitios web.

14.1.13. A fojas 1829, agrega el Oficio Ordinario N° 4442 del Subsecretario de Telecomunicaciones.

14.1.14. A fojas 2178 y siguientes, Bío Bío acompañó Decretos Supremos correspondientes a las concesiones de Arica, Iquique, Calama, Antofagasta, Caldera, Copiapó, Vallenar, La Serena, Ovalle, Reñaca/Cochoa/Concón, Casablanca, Curacaví, Melipilla, Santiago, San Antonio, Rancagua, Curicó, Talca,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Chillán, Concepción, Cañete, Los Angeles, Angol, Lonquimay, Pucón, Valdivia, Los Lagos, Osorno, Puerto Varas, Puerto Montt, Ancud, Castro, Coyhaique, y Punta Arenas.

14.1.15. A fojas 2346, Oficio Ordinario N° 2034 del Servicio de Impuestos Internos.

14.2. En cuanto a la prueba testimonial solicitada por Bío Bío: (i) A fojas 1445 declaró como testigo don Cristián Alberto Greene Cappellini; (ii) A fojas 1446, don Mauricio Javier Vera Ormeño; (iii) A fojas 1551, don Jorge Arturo Briones Troncoso; (iv) A fojas 1552, don Marcelo Edwin Núñez Rojas; y, (v) A fojas 1611, don Javier Ernesto Pozo Tapia.

14.3. En cuanto a la prueba confesional de Bío Bío: a fojas 1438 absolvió posiciones don Jaime Barahona Urzúa en representación de la Fiscalía Nacional Económica;

15. La prueba documental, rendida por la parte de Inversiones San José Limitada, consistente en: escritura pública de compraventa de radios, poder especial y contrato de cesión de derechos, acompañados a fojas 444 y siguientes;

16. La prueba documental rendida por la parte de Corporación de Radio Valparaíso Limitada, a fojas 1120, consistente en copia de la presentación efectuada ante S.E. el Presidente de la República, por la cual hace efectiva su renuncia a determinadas concesiones de radiodifusión;

17. La prueba documental por la parte de Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda., (i) de fojas 1598, consistente en: carpeta tributaria electrónica de la requerida y convenios de espacio radial correspondientes a los años 2007 y 2009, cuya exhibición fue además ordenada por el Tribunal a fojas 1321; (ii) de fojas 1691, consistente en certificado emitido por el contador señor Pablo Calderón Gaete; y, (iii) de fojas 1833, consistente en Libro de Contabilidad Mayor, cuya exhibición fue ordenada por el Tribunal;

18. La prueba documental rendida por la parte de Claudio Toro, Cristián Wagner, Inversiones Santa Ignacia y Transco S.A., a fojas 2330, consistente en presentación efectuada ante S.E. el Presidente de la República por la cual se hace efectiva la renuncia a las concesiones de Llay Llay y La Serena;

19. El informe económico presentado a fojas 2326 y siguientes por la parte de Claudio Toro, Cristián Wagner, Inversiones Santa Ignacia y Transco S.A., denominado "Asignación de Concesiones de Radiodifusión: Imputaciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Conductas Reñidas con la Libre Competencia”, y elaborado y suscrito por Jorge Quiroz;

20. Las observaciones a la prueba hechas presente, (i) a fojas 2222, con fecha 21 de octubre de 2010, por la Fiscalía Nacional Económica; y (ii) a fojas 2365, con fecha 10 de diciembre de 2010, por Bío Bío Comunicaciones S.A.;

21. La resolución que, a fojas 1840 y con fecha 23 de septiembre de 2010, ordenó traer los autos en relación y fijó la vista de la causa para la audiencia del día 3 de noviembre de 2010. La vista de la causa se llevó a cabo en definitiva con fecha 15 de diciembre de 2010, atendidas las suspensiones presentadas por las partes, y conforme lo ordenado a fojas 2348, alegando los apoderados de las partes; y,

22. Las minutas de alegato que, en copia, dejaron los apoderados de la Fiscalía Nacional Económica, Corporación de Radio Valparaíso Limitada, y Bío Bío Comunicaciones S.A. tras sus alegatos, las que rolan a fojas 2440, 2460 y 2468, respectivamente;

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, antes de dilucidar el fondo de la cuestión sometida al conocimiento de este Tribunal, es necesario referirse a tres cuestiones previas. La primera de ellas es la legislación que debe aplicarse para calificar los hechos de la causa –habida cuenta de la modificación al Decreto Ley Nº 211 que entró en vigencia el día 13 de octubre de 2009-; la segunda, si deben o no acogerse las excepciones de prescripción planteadas por algunas de las requeridas; y, la tercera, la extensión y alcance de la *litis*, determinada por los acuerdos conciliatorios celebrados entre todas las requeridas –menos una- y la FNE, y aprobados por este Tribunal;

Segundo. Que, en cuanto a la legislación aplicable, tal como se verá a lo largo de la presente sentencia, las conductas que se imputan a las requeridas habrían consistido en supuestos acuerdos entre competidores, que habrían tenido por objeto o efecto el de restringir o eliminar la competencia en distintos concursos públicos convocados por Subtel para la adjudicación de concesiones radiales de frecuencia modulada, en diferentes localidades del país, en el período que media entre octubre de 2007 –mes en el que se llevó a cabo el primero de los concursos afectados por tales conductas, según consta a fojas 1, 5 y 11-, por una parte, y las fechas de notificación del requerimiento de autos a las distintas requeridas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acaecidas en el mes de octubre de 2009, tal como consta de los correspondientes estampados de fojas 204, 205, 210, 211 y 215;

Tercero. Que, al respecto, a los hechos cuya existencia alega el requerimiento de la Fiscalía debe aplicárseles la ley vigente al tiempo de su celebración, esto es, el texto del Decreto Ley N° 211 que regía antes de la entrada en vigencia –el 13 de octubre de 2009- de su modificación contenida en la Ley N° 20.361, toda vez que, tratándose de normas sancionatorias, no podría aplicarse a los supuestos infractores un régimen jurídico distinto del que se conocía a la época de la comisión de los ilícitos que se les imputan, a menos que, con posterioridad, la ley fuese más beneficiosa, lo que no ocurre en la especie;

Cuarto. Que, en efecto, dichas conductas, en caso de acreditarse, deberán juzgarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en su redacción de entonces, que difería de la actual (i) en el sentido que no contemplaba una mención expresa a conductas colusivas que pudieran afectar licitaciones públicas, aun cuando toda conducta colusiva podía ser juzgada y eventualmente sancionada al tenor de dicho texto, sea que afectara o no a licitaciones públicas, según ha tenido este Tribunal ocasión de hacerlo, por ejemplo, en sus sentencias N° 43/2006 y 106/2010; y (ii) en el sentido que la sanción aplicable a casos de colusión era menos gravosa que la actualmente vigente;

Quinto. Que, por otra parte, debe también tenerse presente para efectos de esta causa, el texto de la Ley General de Telecomunicaciones que, en la época de los hechos, señalaba en su artículo 13 que, en el evento que dos o más postulantes ofrecieran similares condiciones técnicas, el concurso debía resolverse mediante licitación por precio, la que se notificaba por Subtel a los postulantes por carta certificada, señalando la fecha y hora en que se llevaría a cabo dicho acto, sin mencionar quiénes serían los demás proponentes que competirían por cada localidad. Cada proponente, entonces, presentaba un sobre cerrado con su oferta económica, haciéndose efectiva la garantía a quienes no asistían o no presentaran oferta económica. Esta norma fue sustituida por la Ley N° 20.335, publicada con fecha 6 de febrero de 2009, la que modificó el sistema de otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora, estableciendo su texto actual que, en caso que dos o más concursantes ofrezcan similares condiciones, el concurso se resolverá mediante sorteo público; y que una misma empresa y sus filiales, coligadas o relacionadas no podrán presentar más de una solicitud para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una misma localidad, en un mismo concurso. La citada Ley N° 20.335 sustituyó además el inciso segundo del artículo 21 de la LGT por el siguiente: *“En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos, se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada. En el caso de concesiones de radiodifusión sonora, la autorización no podrá solicitarse antes que las obras e instalaciones de la concesión hayan sido autorizadas de conformidad al artículo 24 A y que hayan transcurrido a lo menos dos años desde la fecha en que se haya iniciado legalmente el servicio. El adquirente quedará sometido a las mismas obligaciones que el concesionario o permisionario, en su caso”*.

Sexto. Que, a mayor abundamiento, es útil también tener presente lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, toda vez que a los contratos que motivan el requerimiento deben entenderse incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración; contratos que –tal como se verá a lo largo de la presente sentencia- se celebraron durante el imperio del Decreto Ley N° 211 vigente hasta el 13 de octubre de 2009;

Séptimo. Que, en consecuencia, las conductas reprochadas en el requerimiento de autos serán analizadas y calificadas al tenor del Decreto Ley N° 211, en su redacción vigente antes de su modificación del año 2009; para todos los efectos de la presente sentencia;

Octavo. Que la segunda cuestión previa a resolver es la alegación de prescripción extintiva de la acción, formulada por las requeridas Radio Corporación S.A. y Corporación de Radio Valparaíso Limitada, a fojas 235 y 484, respectivamente, según la cual los hechos que se les imputan a ellas y a las demás requeridas se encontrarían prescritos, por haber sido ejecutados con anterioridad al plazo de prescripción aplicable, contado hacia atrás desde la fecha de notificación del requerimiento a cada una de ellas;

Noveno. Que, al respecto, debe tenerse presente en primer lugar que, cualquiera que sea la época que se atribuya a tales hechos, éstos habrían ocurrido bajo el imperio del texto entonces vigente del Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 20, inciso 3º, establecía como plazo de prescripción –incluso para casos de colusión, como sería el de autos- el de dos años, contado desde la ejecución de las conductas que se imputan a las requeridas, y declaraba además que dicha prescripción se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interrumpía por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal;

Décimo. Que, por otra parte, existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal, en cuanto a que ese plazo de dos años debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si, antes de vencido dicho término, se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la *litis*;

Undécimo. Que de todo lo anterior resulta necesario dilucidar, en primer término, cuál habría sido la fecha en que concluyó o cesó la ejecución material de las conductas en cuestión para, seguidamente, establecer las fechas en que se debe entender válidamente notificado el requerimiento a las distintas requeridas de autos;

Duodécimo. Que respecto del primero de dichos aspectos, aparece del requerimiento de autos que se imputa a las distintas requeridas, básicamente, el haber ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en nueve localidades del país, dentro del marco de los concursos públicos del año 2007, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones, ejecutando diversas acciones para implementar dichos acuerdos. En otras palabras, se les imputa haberse coludido para arreglar en su beneficio licitaciones públicas de concesiones de radiodifusión sonora en diversas localidades del país;

Decimotercero. Que, a juicio de este Tribunal, en este caso las conductas reprochadas se agotan desde el momento en que se presentan las ofertas al proceso de licitación respectivo, pues es en ese momento en el que cesa la acción colusiva relevante. Una vez presentada la oferta no cabe a los coludidos más que esperar el resultado de la adjudicación, y los actos anteriores a dicha presentación –como lo serían, en la especie, los contratos de cesión celebrados entre las requeridas- son sólo preparatorios de la misma. Por estas razones se establecerá como fecha de ejecución de las conductas de autos la de presentación de las ofertas en cada uno de los procesos de licitación indicados en el requerimiento de la Fiscalía, fecha que, en la especie, coincide con aquella de apertura de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mismas, según dan cuenta los documentos acompañados a fojas 1, 5, 11, 15, 19 y 25. Así, una vez determinada esa fecha para cada requerida y licitación, se calculará el tiempo transcurrido hasta la respectiva fecha de notificación del requerimiento, a fin de establecer si se excedió o no el plazo de prescripción de dos años aplicable en la especie;

Decimocuarto. Que, por el contrario, este Tribunal estima que no debe entenderse como acto relevante para los efectos de la prescripción la celebración de cada uno de los actos de cesión de derechos que constituyen parte del acuerdo que se analizará en esta sentencia, toda vez que, como se ha dicho, se trata de actos preparatorios para una licitación, que no se entienden sin esta última y que no agotan la conducta de alteración colusiva de licitaciones públicas que motiva el requerimiento, por lo que no se estará a las fechas de cada cesión para los fines del cómputo del plazo de prescripción:

Decimoquinto. Que, así las cosas, en el caso de CRV y de don Cristián Wagner Muñoz, ambos fueron requeridos por las licitaciones efectuadas en las comunas de Alerce, de 17 de octubre de 2007; Coyhaique, de 17 de octubre de 2007; Los Vilos, de 18 de junio de 2008; Pichidanguí, de 18 de junio de 2008; e Iquique, La Serena, Antofagasta y Pichilemu, estas últimas de 4 de noviembre de 2008. Por otra parte, según consta de los estampados de fojas 210 y 211, el requerimiento les fue válidamente notificado con fecha 15 de octubre de 2009. Como puede apreciarse, todas las fechas de presentación y apertura de ofertas en las licitaciones mencionadas se ubican dentro de los dos años del plazo de prescripción, por lo que esta excepción será rechazada respecto de ambos requeridos;

Decimosexto. Que, por su parte, Transco y don Claudio Toro Arancibia fueron requeridos en relación con la licitación efectuada respecto de una concesión correspondiente a la comuna de Alerce, con presentación y apertura de ofertas el día 17 de octubre de 2007. El requerimiento se les notificó, según consta a fojas 204, con fecha 8 de octubre de 2009, esto es, antes de cumplido el plazo de prescripción, por lo que también se rechazará la excepción de prescripción alegada a favor de ambos;

Decimoséptimo. Que, en el caso de Santa Ignacia –también en conjunto con don Claudio Toro Arancibia-, ambos fueron requeridos por las licitaciones efectuadas para la comuna de Llay Llay, de fecha 18 de junio de 2008; y de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Iquique, Antofagasta y La Serena, estas últimas de 4 de noviembre de 2008; mientras que el requerimiento les fue notificado, según estampado de fojas 204, el día 8 de octubre de 2009, por lo que, al no haberse cumplido el plazo de prescripción, se rechazará la excepción también en su respecto;

Decimoctavo. Que lo mismo ocurre en relación con todas las demás requeridas de autos, como puede apreciarse del siguiente cuadro, por lo que respecto de ellas también se rechazará la alegación de prescripción deducida en su contra:

Cuadro 1
Fechas relevantes para el cálculo de la prescripción

Requerida	Comuna de licitación	Fecha presentación y apertura ofertas	Fecha notificación requerimiento	Estampado notificación (fojas)
Radio Corporación	Llay Llay La Serena Antofagasta	18 de junio de 2008 4 de noviembre de 2008 4 de noviembre de 2008	8 de octubre de 2009	205
San José	Iquique y La Serena	4 de noviembre de 2008	15 de octubre de 2009	215
Altronix	Alerce y Coyhaique	17 de octubre de 2007	15 de octubre de 2009	211
Duplex	Los Vilos Pichidangui Pichilemu	18 de junio de 2008 4 de noviembre de 2008 4 de noviembre de 2008	15 de octubre de 2009	210
Bío Bío	Los Vilos	18 de junio de 2008	8 de octubre de 2009	201 vuelta

Fuente: Elaboración TDLC, a partir de la presentación de fojas 163 y los documentos citados en la tabla.

Decimonoveno. Que, además, debe tenerse presente que el rechazo de la excepción de prescripción respecto de todas las requeridas operaría igualmente si se plantease que los diversos acuerdos celebrados entre ellas para supuestamente repartirse las licitaciones indicadas constituyeran un patrón colusorio de reparto del mercado. En otras palabras, si todos y cada uno de los contratos celebrados entre ellas y si todos los actos de presentación y apertura de ofertas fuesen considerados como una sola conducta, habría que estimar que ésta cesó el día en que se ejecutó el último de los hechos que la componen, que en este caso correspondería a la presentación de las ofertas acaecidas el día 4 de noviembre de 2008, esto es, a menos de un año de la primera fecha de notificación del requerimiento que consta en autos (8 de octubre de 2009); razones por las cuales también se desecharán las alegaciones de prescripción alegadas por Corporación de Radio Valparaíso Limitada y Radio Corporación S.A.;

Vigésimo. Que, por último, es preciso mencionar que el requerimiento de autos enumera algunas conductas que habrían sucedido con anterioridad al plazo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prescripción, básicamente, algunas cesiones de derechos y licitaciones que habrían acaecido antes de octubre de 2007. Estos hechos –aún cuando reconocidos por las requeridas, salvo Bío Bío, en virtud de los acuerdos de conciliación a que se hará referencia más adelante- no serán analizados para efectos de su calificación y eventual sanción en esta sentencia, sin perjuicio de considerarlos como antecedentes de contexto para la calificación de los hechos no prescritos;

Vigésimo primero. Que, como tercera cuestión previa, corresponde ahora pronunciarse acerca de la extensión y alcance de la *litis*, determinada por los acuerdos conciliatorios celebrados entre todas las requeridas –menos Bío Bío- y la FNE, y aprobados por este Tribunal;

Vigésimo segundo. Que, al respecto, y tal como se detalla en el numeral 9 de la parte expositiva de esta sentencia, la Fiscalía y cada una de las requeridas – con la sola excepción de Bío Bío- presentaron a este Tribunal una serie de acuerdos de conciliación en los que, en lo medular, (i) cada requerida reconoce los hechos objetivos descritos en el requerimiento, sin que ello implique aceptar su responsabilidad ni la calificación jurídica de los mismos como ilícitos contrarios a la libre competencia, (ii) declara haber colaborado en la investigación de la FNE, (iii) asume determinados compromisos de conducta, y (iv) se obliga a pagar, a beneficio fiscal, la suma que este Tribunal pueda determinar como sanción en esta sentencia. Atendido lo anterior, la FNE redujo sustantivamente su pretensión de sanción solicitada a este Tribunal en su requerimiento, quedando ésta limitada a la imposición de multas por las sumas que a continuación se señalan:

Cuadro 2
Pretensiones de sanción contenidas en
acuerdos de conciliación

Requerida	Pretensión de multa rebajada por la FNE (en Unidades Tributarias Anuales):
CRV	hasta 200
Transco	1
Santa Ignacia	1
Cristián Wagner Muñoz	hasta 200
Claudio Toro Arancibia	hasta 200
Altronix	hasta 5
Duplex	hasta 5
San José	hasta 10
Radio Corporación	hasta 5

Fuente: Acuerdos de conciliación de fojas 581, 587, 594, 598, 602 y 606.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo tercero. Que todos los acuerdos de conciliación antes referidos fueron aprobados por este Tribunal a fojas 1041, pues, a su juicio, no atentan contra la libre competencia, toda vez que: (i) ponen fin a los efectos que se podrían haber derivado de los hechos materia del requerimiento, retrotrayéndose así las circunstancias a la situación que existía antes de que se materializaran las conductas materia del requerimiento; y, (ii) contienen mecanismos destinados a la prevención y corrección de posibles infracciones;

Vigésimo cuarto. Que, en consecuencia, respecto de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, no será necesario acreditar los hechos del requerimiento, debiendo este Tribunal establecer su calificación y, eventualmente, su reprochabilidad a la luz del Decreto Ley N° 211, a fin de imponer en ese caso las sanciones propuestas por la FNE y aceptadas por las requeridas en los acuerdos de conciliación a que se ha venido haciendo referencia. En el caso de Bío Bío, en cambio, habrá que establecer si los hechos que se le imputan son efectivos o no y, de serlo, serán calificados junto con los demás para los fines anteriormente descritos. Estos serán, por tanto, los términos de la *litis* a ser juzgados por este Tribunal;

Vigésimo quinto. Que, de esta forma, se dan por establecidos y probados, como hechos de la causa, respecto de todas las requeridas, menos Bío Bío, los que se describen en el requerimiento de la Fiscalía y que, sólo para efectos de facilitar su calificación, se describen sintéticamente a continuación;

Vigésimo sexto. Que, en primer término, se encuentra acreditado en autos que las requeridas antes mencionadas celebraron al menos los siguientes contratos de cesión de derechos, en virtud de los cuales la respectiva cedente vendió a la cesionaria su derecho de postulación a la respectiva licitación, a cambio de sumas de dinero, y obligándose a participar en dicha licitación de tal manera que fuese la cesionaria la adjudicataria de la frecuencia en cuestión:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 3

Contratos de cesión de derechos

Localidad	Cuatrimestre Licitación	Ingreso Subtel Técnico N°	Cedente	Cesionaria (*)	Precio de la cesión (\$)	Cesión consta a fojas:
Copiapó	2-2006 (**)	45519	Servicios Técnicos Telmar Ltda.	Transco	3.000.000	155
Vallenar	2-2006 (**)	45520	Servicios Técnicos Telmar Ltda.	Transco		155
Calama	3-2006 (**)	n/a (89,5 MHz)	Transco	CRV	39.870.000	157
Los Vilos	3-2006 (**)	n/a (101,7 MHz)	Transco	CRV		157
Vicuña	3-2006 (**)	n/a (90,9 MHz)	Transco	CRV		157
Curicó	3-2006 (**)	n/a (106,1 MHz)	Transco	CRV		157
Victoria	3-2006 (**)	n/a (98,1 MHz)	Transco	CRV		157
Antofagasta	3-2006 (**)	66062	Transco	CRV	50.000.000	1010
Alerce	1-2007	23616	Altronix	Transco S.A.	10.000.000	2 (docs. Fs. 594)
Coyhaique	1-2007	23617	Altronix	Transco S.A.		2 (docs. Fs. 594)
Alerce	1-2007	n/a (94,5 MHz)	Transco	CRV	40.000.000	1017
Coyhaique	1-2007	n/a (103,7 MHz)	Transco	CRV	10.000.000	1017
Iquique	3-2007	59311	Santa Ignacia	CRV	41.000.000	1020
Antofagasta	3-2007	59312	Santa Ignacia	CRV	55.000.000	1020
Pichilemu	3-2007	(adquiridos a Duplex)	Santa Ignacia	CRV	2.700.000	1020
Iquique	3-2007	59255	San José	Santa Ignacia	28.500.000	441

(*) Transco y Santa Ignacia incluyen a don Claudio Toro Arancibia. CRV incluye a don Cristián Wagner Muñoz.

(**) Si bien estas cesiones de derechos se encuentran fuera del período relevante en análisis, se incluyen en el cuadro para ilustrar el contexto de las conductas imputadas.

Vigésimo séptimo. Que, en segundo lugar, las requeridas –menos Bío Bío– participaron en distintas licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en las localidades y fechas a que se refieren las consideraciones decimocuarta a decimoséptima, precedentes, adjudicándose las frecuencias licitadas en virtud de los acuerdos referidos precedentemente, de la siguiente manera:

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cuadro 4

Licitaciones de concesiones relevantes por localidad y cuatrimestre

Localidad	Fecha	Cuatrimestre	Postulantes	Monto Ofrecido
Alerce	17/10/07	1-2007	Transco Altronix CRV	\$ 50.000 \$ 50.000 \$ 150.000
Coyhaique	17/10/07	1-2007	Altronix CRV Sociedad de Radiodifusión Ventisqueros Ltda.	\$ 50.000 \$ 150.000 \$ 50.000
Los Vilos	18/06/08	2-2007	Bio Bio CRV Duplex	\$ 1.100.000 \$ 155.000 \$ 150.000
Pichidangui	18/06/08	2-2007	CRV Duplex	\$ 155.000 \$ 150.000
Llayllay	18/06/08	2-2007	Radio Corporación S.A. Santa Ignacia	\$ 50.000 \$ 150.000
Iquique	04/11/08	3-2007	CRV San José Santa Ignacia	\$ 150.000 \$ 50.000 \$ 120.000
Antofagasta	04/11/08	3-2007	CRV Radio Corporación S.A. Santa Ignacia	\$ 150.000 \$ 50.000 \$ 120.000
La Serena	04/11/08	3-2007	CRV San José Radio Corporación S.A. Santa Ignacia	\$ 150.000 \$ 50.000 \$ 50.000 \$ 200.000
Pichilemu	04/11/08	3-2007	CRV Duplex	\$ 150.000 \$ 80.000

Fuente: fs. 186 (requerimiento FNE). En **negritas** se destaca al adjudicatario de cada licitación.

Vigésimo octavo. Que corresponde a continuación determinar si los hechos que la FNE imputa a la única requerida con quien no celebró un acuerdo de conciliación –Bío Bío- son efectivos o no, conforme al punto de prueba número 1 decretado a fojas 1106 de los autos;

Vigésimo noveno. Que, al respecto y tal como consta a fojas 5 y 2251, la Fiscalía ha señalado que Bío Bío celebró un acuerdo con Duplex para asegurarse la adjudicación de la concesión de radiodifusión FM para la localidad de Los Vilos, IV Región, licitada por Subtel en el concurso público del segundo cuatrimestre del año 2007, a licitarse el 8 de junio de dicho año; acuerdo en virtud del cual Duplex, a cambio de una suma de dinero, le garantizaba a Bío Bío que en dicho proceso de licitación tanto Duplex como la requerida CRV se abstendrían de pujar por dicha concesión, presentando en cambio para tal efecto ofertas meramente simbólicas; garantía que Duplex estaba en condiciones de ofrecer a Bío Bío por el hecho de haber celebrado Duplex, por separado, otro acuerdo con CRV, en cuyo mérito esta última, a cambio de no participar en la licitación de los Vilos, obtenía de Duplex el compromiso de no participar en la de la localidad de Pichidangui, que era la localidad de interés en ese momento para CRV;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo. Que, por su parte, Bío Bío, sin desconocer la existencia de un acuerdo con Duplex sobre la materia, señala que éste no corresponde a un caso de colusión para hacerse de la concesión de Los Vilos, pues indica que jamás entró en negociaciones con CRV para un reparto de dicha localidad y la de Pichidangui, limitándose su acuerdo con Duplex tan solo a obtener mejores posibilidades de adjudicación en Los Vilos al pactar que la concesión le sería transferida en caso que Duplex se la adjudicara; respecto de lo cual, por lo demás, existía incertidumbre, toda vez que Bío Bío desconocía si habrían o no otros competidores interesados en pujar por la misma. Agrega Bío Bío en su favor, además, (i) que el monto ofrecido en la licitación es el mismo que tenía contemplado ofrecer, incluso antes de celebrar con Duplex el acuerdo en cuestión; y (ii) que una vez adjudicada la concesión, renunció a la misma, con fecha 27 de mayo de 2009;

Trigésimo primero. Que, al respecto, se encuentra acreditado en autos lo siguiente: (i) no ha sido contradicho y además consta de los decretos y actos administrativos respectivos (a fojas 5), que Bío Bío participó en el concurso del Segundo Cuatrimestre del año 2007, cuyo acto de licitación se llevó a cabo el 18 de junio del 2008, en el que se licitaron concesiones de radiodifusión FM de las localidades de Los Vilos y Pichidangui, entre otras; (ii) de los mismos antecedentes consta que las únicas empresas preseleccionadas interesadas en Los Vilos fueron Bío Bío, Duplex y CRV; y, en Pichidangui, CRV y Duplex;

Trigésimo segundo. Que, por otra parte, un primer acuerdo se materializó entre CRV y Duplex, en el que esta última acordó omitirse del concurso de Pichidangui y CRV señaló que no tenía interés en participar de la licitación para Los Vilos, según se describe en la contestación de la demanda por parte de los señores Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Ltda. y Transco S.A., a fojas 530 vuelta; y según consta de la absolución de posiciones rendida por el representante de Duplex a fojas 1609;

Trigésimo tercero. Que, asimismo, la propia Bío Bío reconoce en su contestación al requerimiento haber celebrado un contrato con Duplex respecto de la concesión de Los Vilos a la que se ha venido haciendo referencia. A fojas 370 y 371, Bío Bío reconoce, en síntesis, la materialidad de los siguientes hechos, independientemente de la calificación que hace de los mismos: (i) que *“recibió un llamado de un personero de Duplex que le ofreció su posición”*; (ii) que el trato ofrecido consistiría en que, *“a cambio de un precio a todo evento, si Duplex*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resultaba adjudicatario en la licitación, transferiría a Bío Bío la concesión”; (iii) que “con el trato y el pago, aumentaban para Bío Bío las probabilidades de quedarse con la concesión, aunque no lo aseguraba, pues había otro interesado, CRV, respecto del cual no hubo conversación ni trato alguno”; (iv) que el apoderado de Bío Bío “aceptó la proposición” de Duplex, y (v) que ofertó el precio que originalmente tenía considerado ofrecer (\$1.100.000), adjudicándose la concesión;

Trigésimo cuarto. Que también parece suficientemente acreditado en autos que Bío Bío conocía del acuerdo previo entre CRV y Duplex, en virtud del cual Duplex contaba con la certeza de poder adjudicarse –o de permitir que Bío Bío lo hiciera de manera cierta, a cambio de un precio- la concesión de Los Vilos. Así consta (i) de la declaración de un representante de Duplex ante la FNE (Rodolfo Antonio Ruffat Spatris), que rola a fojas 2216 de los autos, en la que señala que *“en este contexto se abrió la posibilidad de ofrecerle a Radio Bío Bío, que se le aseguraba que ganara porque nosotros teníamos los derechos de Corporación Radio Valparaíso. Es así que llamé a Mauricio Mosciatti y le ofrecí el negocio (sic) pero me señaló que, en principio, no le interesaba porque reconoce a Duplex el más débil de los tres, aun cuando yo le señalé que teníamos el preacuerdo con Claudio Toro y le aseguraba que nos omitíamos los dos a favor de radio Bío Bío. Posteriormente Mauricio me llamó y me dijo que me ofrecía \$3.000.000 por asegurarse de ganar la localidad de Los Vilos, y además, me indicó que ellos no iban a poner una oferta irrisoria, porque ellos no querían aparecer ofreciendo muy poco por esa localidad. En ese contexto Mauricio me dice que toma la oferta.”;* y, (ii) de la absolución de posiciones rendida por don Lucas González Rivera, socio de Duplex, a fojas 1609 de los autos;

Trigésimo quinto. Que, asimismo, existe prueba fehaciente del hecho de haber pagado Bío Bío a Duplex la suma de tres millones de pesos a cambio de asegurarse la concesión de Los Vilos. Así se aprecia de la declaración extrajudicial del Sr. Ruffat y de la absolución de posiciones del Sr. Lucas González (ya referidas) y de las propias declaraciones de Bío Bío al contestar el requerimiento;

Trigésimo sexto. Que, por último, no existe duda acerca del hecho de haberse producido la renuncia de Bío Bío a la concesión así obtenida, con fecha 27 de mayo de 2009, circunstancia en la que todas las partes están contestes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo. Que, en conclusión, a juicio de este Tribunal los hechos que se le imputan a Bío Bío por la FNE en su requerimiento se encuentran acreditados, con independencia de la calificación o adjetivación que, respecto de los mismos, presentan ambas partes, y de las cuales este Tribunal se hará cargo al calificar su licitud o ilicitud;

Trigésimo octavo. Que una vez establecidos como ciertos los hechos que corresponde juzgar, es necesario, antes de determinar su eventual reprochabilidad desde el punto de vista de la libre competencia, entender el marco jurídico y la forma en que se opera en nuestro país en materia de otorgamiento y transferencia de concesiones de radiodifusión. Seguidamente, y con el objeto de poder dimensionar los efectos actuales o potenciales de las conductas de autos en la competencia, es necesario identificar los mercados afectados por las mismas. Sólo una vez hecho lo anterior se analizará la naturaleza de las conductas imputadas, su gravedad y su eventual ilicitud;

Trigésimo noveno. Que, entonces, es preciso conocer primero cómo se asigna el espectro radioeléctrico para las concesiones de radiodifusión sonora y cuál es la función que, al respecto, cumplen las licitaciones o concursos a los que convoca Subtel;

Cuadragésimo. Que el artículo 13 de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”) vigente al momento de producirse estas licitaciones (Ley N° 18.168, incluida la modificación introducida por la Ley N° 20.196, de 12 de julio de 2007) establecía que: *“(l)a concesión será asignada a la postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas que asegure una óptima transmisión o excelente servicio. En toda renovación de una concesión, la concesionaria que la detentaba tendrá derecho preferente para su asignación, siempre que iguale la mejor propuesta técnica que asegure una óptima transmisión o excelente servicio, según el caso. En caso que dos o más concursantes ofrezcan similares condiciones, el concurso se resolverá mediante licitación entre éstos, si ninguno de ellos tiene la calidad de anterior concesionario”;*

Cuadragésimo primero. Que de lo anterior se desprende, a juicio de este Tribunal, que el espectro se asigna a: (i) quien ofrezca las mejores características o condiciones técnicas (concurso denominado “*beauty contest*” o “concurso de belleza”); (ii) la licitación es el instrumento para asignar el recurso escaso entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dos propuestas con similares condiciones técnicas; y, (iii) la calidad de anterior concesionario otorga un derecho preferente en la renovación de la concesión, siempre que el incumbente iguale la mejor propuesta técnica que asegure una óptima transmisión o excelente servicio; caso este último en el que no se recurre a la licitación como método de asignación;

Cuadragésimo segundo. Que también debe entenderse de esta norma que la licitación se utiliza como una herramienta de asignación del recurso escaso entre proponentes que ofrecen similares condiciones técnicas, y que su objetivo principal es asignar el espectro a quien más lo valore. En otras palabras, el mecanismo que contempla la ley tiene como propósito entregar las respectivas concesiones a quienes puedan operarlas de mejor manera y tengan interés en hacerlo en la localidad respectiva, cumpliendo con los demás requisitos de operación, permanencia y fiscalización que establece la ley. Adicionalmente, este mecanismo tiene también un efecto recaudatorio para el Fisco;

Cuadragésimo tercero. Que, tal como ha establecido este Tribunal en su jurisprudencia (Resoluciones N° 20/2007, N° 29/2009 y N° 32/2010) las circunstancias descritas configuran sin embargo una importante barrera estructural a la entrada, pues quien quiera ingresar al mercado de la radiodifusión deberá hacerse de concesiones que son escasas y respecto de las cuales los incumbentes tienen preferencia en su asignación y renovación. Este hecho deja de manifiesto la necesidad y el imperativo de que los concursos que se realicen para la asignación de dichas concesiones se efectúen de la manera más abierta, transparente y competitiva posible, a fin de que el objetivo previsto en la ley se cumpla precisamente en y mediante un proceso de licitación, y no en virtud de decisiones o acuerdos que puedan adoptar o celebrar los interesados en las mismas, fuera de tal proceso. La LGT, en suma, exige que se compita por las concesiones dentro de cada concurso, y no fuera de los mismos;

Cuadragésimo cuarto. Que teniendo lo anterior presente, es preciso conocer cuál es el mercado relevante afectado por las conductas imputadas a las requeridas. En esta materia, se han presentado en autos dos opiniones, contradictorias entre sí. Por un lado, la FNE afirma que el mercado relevante a considerar en autos es “*cada una de las concesiones de radiodifusión sonora de FM licitadas, circunscritas a su zona de servicio respectiva*”. Por otra parte, una de las requeridas –Bío Bío– señala que el mercado relevante debe ser considerado en términos más amplios pues, a su juicio, la industria que interesa no es la de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesiones o la de licitación en concesiones, sino el servicio de radiodifusión sonora, en que la principal fuente de financiamiento la constituyen los ingresos por la venta de espacios publicitarios. Atendido lo anterior, Bío Bío estima que el mercado relevante al caso es el avisaje en radios en el territorio nacional, sin perjuicio de la existencia de mercados locales;

Cuadragésimo quinto. Que, a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente. En el caso de autos, los bienes licitados corresponden a los derechos a usar cierta porción del espectro radioeléctrico para las localidades a asignar en el respectivo concurso. Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso. En este caso, el bien a asignar es el espectro radioeléctrico para un conjunto determinado de localidades, que es un bien escaso. En un mismo concurso, las concesiones asignables respecto de cada localidad pueden ser vistas como sustitutas entre sí para quienes participan en él, si es que ello les asegura el acceso a la porción de espectro en la localidad de su interés;

Cuadragésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, este Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), citado por la FNE en su requerimiento y a fojas 2230, en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto;

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, este Tribunal considerará como mercado relevante para los efectos de autos las licitaciones de cada uno de los concursos llamados por Subtel para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007, convocadas para las localidades de Vallenar, Peralillo, Loncoche, Nueva Imperial, Alerce y Coyhaique (concurso del Primer Cuatrimestre de 2007), Andacollo, Los Vilos, Pichidangui, Vicuña, Las Cruces, Llay Llay, Rinconada, Lolol, Pumanque, Curanilahue, Collipulli y Pomaire-Melipilla (concurso del Segundo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuatrimestre de 2007), Collahuasi, Iquique, Antofagasta, La Escondida, La Serena, La Estrella, Pichilemu, Colonia Santa Fe y Osorno (concurso del Tercer Cuatrimestre de 2007);

Cuadragésimo octavo. Que así definidos los mercados relevantes, debe tenerse presente que las barreras a la entrada a dichos mercados están determinadas por las condiciones (o bases administrativas) que rigen el proceso de licitación del respectivo concurso público y, tal como ya se ha dicho, por la regulación vigente, siendo la principal de dichas barreras la escasez del espectro y la preferencia que otorga la LGT a los incumbentes. Adicionalmente, existen costos de ingreso al mercado –que no son propiamente barreras a la entrada-, definidos en los artículos 21º y 22º de la LGT al momento de los hechos requeridos;

Cuadragésimo noveno. Que así, el art. 21º de la LGT señalaba que *“(s)ólo podrán ser titulares de concesión o hacer uso de ella, a cualquier título, personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país. Sus Presidentes, Directores, Gerentes, Administradores y representantes legales no deberán sido condenados por delito que merezca pena aflictiva”*. Adicionalmente, se establecía que: *“... deberá llevar contabilidad completa de la explotación de la concesión o permiso y quedará afecta a la Ley de Impuesto a la Renta, como si se tratara de una sociedad anónima.”*;

Quincuagésimo. Que, por su parte, el art. 22º de la LGT indicaba que *“(l)os Presidentes, Gerentes, Administradores y representantes legales de una concesionaria de radiodifusión de libre recepción, además de los requisitos establecidos en el artículo precedente, deberán ser chilenos. Tratándose de Directorios, podrán integrarlo extranjeros, siempre que no constituyan mayoría”*;

Quincuagésimo primero. Que lo anterior se ve matizado por el hecho de que las concesiones, una vez adjudicadas, son transferibles, por lo que se pueden ceder y/o arrendar, siempre que Subtel otorgue su aprobación previa, la que no puede ser denegada sin causa justificada. Así se establecía en el mismo art. 21º de la LGT, al prescribir que *“(e)n caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada. El adquirente queda sometido a las mismas obligaciones que el concesionario o permisionario, en su caso”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo segundo. Que la referida transferibilidad –necesaria para permitir un mercado secundario de concesiones que compense de alguna manera la barrera estructural de entrada definida por la escasez de espectro asignable- no ha sido sin embargo, a juicio de este Tribunal, un contrapeso suficiente para la preferencia que la legislación otorga a los incumbentes. Así se ha establecido en esta misma sede con anterioridad (Resoluciones N° 20/2007, N° 29/2009 y N° 32/2010). Por esta razón, el proceso competitivo que se debe producir al interior de cada licitación de concesiones de radiodifusión debe ser motivo de especial cuidado y vigilancia, pues cualquiera alteración de dicho proceso, por muy pequeña que sea, puede afectar negativamente el propósito competitivo del mismo;

Quincuagésimo tercero. Que, en efecto, en un proceso de licitación puede generarse poder de mercado para algunos de sus participantes. Esto es más probable cuando se cumplen ciertas características que facilitan la colusión. La literatura económica señala que la presencia de barreras a la entrada a un mercado, la mayor transparencia y conocimiento de los participantes, así como el menor número de participantes y la interacción frecuente de los mismos, son características que facilitan la colusión. En opinión de este Tribunal, y tal como se verá a continuación, dichas características estaban presentes en los concursos realizados por Subtel para asignar las frecuencias de espectro radioeléctrico para los servicios de radiodifusión sonora objeto del requerimiento;

Quincuagésimo cuarto. Que, además de la existencia de barreras estructurales a la entrada, existía transparencia y conocimiento de quienes eran los participantes seleccionados por Subtel para pasar a la etapa de licitación. En primer lugar, Subtel, cumpliendo con la legislación entonces vigente, publicaba cuáles eran las concesiones a asignar en el concurso correspondiente a dicho cuatrimestre. Al respecto, el art. 13° de la LGT prescribía que *“(e)l Ministerio, durante el primer mes de cada cuatrimestre calendario, deberá llamar a concurso por todas las concesiones que se le hubieren solicitado y por aquellas cuya caducidad se hubiese declarado, durante el período que medie entre uno y otro concurso... Esta resolución deberá publicarse, por una sola vez en el Diario Oficial correspondiente al día 1° ó 15 del mes inmediatamente siguiente y si alguno de éstos fuere inhábil al día siguiente hábil”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo quinto. Que, luego del proceso de análisis de las ofertas técnicas, si no participaba el incumbente, o bien si el incumbente no igualaba la mejor oferta técnica presentada, Subtel señalaba cuántos eran los participantes que pasaban a la segunda etapa. Así consta de diversas declaraciones extrajudiciales acompañadas al expediente y no objetadas (a fojas 96, 115, 183; todas del cuaderno reservado FNE de fojas 1078). Además, los ingenieros o técnicos especializados en telecomunicaciones que hacen los estudios técnicos son pocos y frecuentemente saben quiénes son los otros participantes, lo que habrían comunicado a los preseleccionados (como puede desprenderse de fojas 96, 115 y 183 del cuaderno reservado acompañado por la FNE a fs. 1078 del cuaderno principal), todo lo cual también facilita la colusión;

Quincuagésimo sexto. Que, adicionalmente, al ser la licitación un acto público, donde participaban todos los postulantes, se facilitaba la fiscalización o el monitoreo de quienes hubieran celebrado un acuerdo, de tal manera de desincentivar el incumplimiento de lo que pudiera haberse acordado previamente. En este escenario, la mayor información que cada participante tuviera respecto de quiénes eran sus rivales, otorgaba poder de mercado a quien tuviera una mayor disposición a pagar. Esto queda reflejado en la absolución de posiciones de fojas 1656, en la que el absolvente declaró que prefería vender o ceder sus derechos de postulación con el fin de, al menos, cubrir la boleta de garantía, cuyo monto, por ley, era del 10% del monto ofertado;

Quincuagésimo séptimo. Que, en este mismo sentido, los datos de los concursos llevados a cabo durante el año 2007 demuestran que el número de preseleccionados era pequeño, y que habitualmente participaban las mismas empresas, lo que facilitaba una interacción frecuente; elementos ambos que, a su vez, incentivaban y propiciaban una potencial colusión. Lo anterior se refleja en los cuadros siguientes:

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadro N° 5
Número de licitaciones en que participó cada empresa en 2007, por
cuatrimestre:**

Empresa	Cuatrimestre		
	1/2007	2/2007	3/2007
A&F Broadcasting System Ltda.	1		
Altronix Comunicaciones Ltda.	3		
Bio Bío Comunicaciones S.A.		2	
Centro Juvenil de Extensión Cultural y Ecológico Evolución	1		
Comercial Los Incas Ltda.	1		
Comunicaciones e Inversión Ltda.	1		
Comunicaciones Karin Escobar Hornung E.I.R.L.		1	
Comunicaciones Radiales Cordillera S.A.		2	
Comunicaciones Sociales y Culturales Agro y Centro Ltda.		1	
Corporación de Desarrollo Comunal de Rinconada		1	
Corporación de Radio Valparaíso Ltda.	3	5	7
Demo Ltda.	1		
Juan Justino Soto Meneses Sociedad de Comunicaciones E.I.R.L.	1		
Empresa de Ingeniería Castillo Ltda.		2	
Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda.		2	1
Ilustre Municipalidad de Andacollo		1	
Ilustre Municipalidad de Vicuña		1	
Ingeniería, Construcción y Servicios Ltda.		1	
Inversiones San José Ltda.			2
Larraín, Salas y Asociados Ltda.			2
Nibaldo Fuenzalida Briones y Cía. Ltda.		2	
Nicoletti y Compañía Ltda.		2	
Radio Corporación S.A.		7	3
Redes y Comunicación Ltda.			1
Santa Ignacia Ltda.		3	4
Servicios de Publicidad y Comunicaciones Punto Creativo Ltda.	1		
Servicios Educativos Rodrigo Álvarez E.I.R.L.			1
Sociedad Comunicaciones Rapel Ltda.	1		
Sociedad Comunicaciones y Asociados Ltda.	1		
Sociedad de Prestaciones de Servicios Bemar Ltda.			1
Sociedad de Radiodifusión Ventisqueros Ltda.	1		
Sociedad Flores y Flores Ltda.		2	
Sociedad José Enrique Gaete y Cía. Ltda.		1	
Sociedad Nelson Rolando Zúñiga Poblete y Cía.			1
Sociedad Periodística El Salitre Ltda.			1
Sociedad Radiodifusora Alfi Ltda.	1		
Sociedad Radiodifusora Cheis Ltda.		1	
Transco S.A.	1	1	
Total general	18	38	24

Fuente: elaboración TDLC, en base a actas de licitación acompañadas por FNE a fojas 163.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cuadro N° 6

Número de postulantes por localidad, licitaciones año 2007

Cuatrimestre	Localidad	Postulantes
1-2007	Alerce	Transco S.A. Altronix Comunicaciones Ltda. Corporación de Radio Valparaíso Ltda.
1-2007	Coyhaique	Altronix Comunicaciones Ltda. Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Sociedad de Radiodifusión Ventisqueros Ltda.
2-2007	Los Vilos	Bio Bío Comunicaciones S.A. Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda.
2-2007	Pichidanguí	Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda.
2-2007	Llayllay	Radio Corporación S.A. Santa Ignacia Ltda.
3-2007	Iquique	Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Inversiones San José Ltda. Santa Ignacia Ltda.
3-2007	Antofagasta	Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Radio Corporación S.A. Santa Ignacia Ltda.
3-2007	La Serena	Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Inversiones San José Ltda. Radio Corporación S.A. Santa Ignacia Ltda.
3-2007	Pichilemu	Corporación de Radio Valparaíso Ltda. Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Ltda.

Fuente: elaboración TDLC, en base a actas de licitación acompañadas por FNE a fojas 163.

Quincuagésimo octavo. Que así definidas las condiciones vigentes en el mercado relevante, debe analizarse de qué manera se vio afectado el resultado del proceso licitatorio por la cesión de derechos de postulación que constituye, en esencia, la conducta imputada a las requeridas, para lo cual deben estudiarse los precios de las licitaciones y de transferencias de concesiones;

Quincuagésimo noveno. Que, al respecto, puede apreciarse una notable divergencia entre los precios pagados por las cesiones de derechos de postulación materia de autos y los valores de las ofertas ganadoras en los respectivos procesos de licitación. Si se comparan las cifras de los cuadros contenidos en las consideraciones vigésimo cuarta y vigésimo quinta de esta sentencia, se observan las siguientes diferencias:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 7
Diferencia entre precio cesiones de derechos
y ofertas ganadoras en licitaciones

Localidad	Fecha licitación	Cuatrimestre	Precio cesión (\$)	Monto Oferta Ganadora (\$)	Diferencia (\$)
Alerce	17/10/07	1-2007	5.000.000 (*)	150.000	4.850.000.-
Coyhaique	17/10/07	1-2007	5.000.000 (*)	150.000	4.850.000.-
Los Vilos	18/06/08	2-2007	3.000.000	1.100.000	1.900.000.-
Pichidangui	18/06/08	2-2007	n/d	155.000	n/d
Llaylay	18/06/08	2-2007	n/d	150.000	n/d
Iquique	04/11/08	3-2007	41.000.000	150.000	40.850.000.-
Antofagasta	04/11/08	3-2007	55.000.000	150.000	54.850.000.-
La Serena	04/11/08	3-2007	n/d	200.000	n/d
Pichilemu	04/11/08	3-2007	2.700.000	150.000	2.550.000.-

Fuente: elaboración TDLC, en base a información acompañada a fs. 594, 1020 y 1078.

(*): En este caso, se efectuó una cesión de dos derechos por un total de \$10.000.000. Para efectos ilustrativos, se dividió el precio de la cesión entre las dos licitaciones, en partes iguales.

Sexagésimo. Que lo anterior da cuenta que las cesiones entre los participantes en cada licitación afectaron significativamente el precio con que fue asignada la concesión en la licitación, lo que demuestra la supresión de la competencia dentro de cada uno de los concursos en que se efectuaron estas licitaciones;

Sexagésimo primero. Que, por otro lado, a juicio de este Tribunal dicha alteración del precio queda confirmada por la circunstancia que los adjudicatarios estaban dispuestos a pagar, y efectivamente pagaron, un monto muy superior al ofrecido en la licitación. Así, por ejemplo, en la adjudicación de la licitación del tercer cuatrimestre del año 2007, Corporación de Radio Valparaíso Ltda., se adjudicó la concesión en la misma localidad ofreciendo \$150.000, mientras que adicionalmente pagó \$55.000.000 a la empresa Santa Ignacia Ltda. para evitar que participara competitivamente en dicho proceso. El Cuadro 7 anterior muestra tanto el precio pagado por la cesión como la oferta ganadora para cada licitación. La suma de estos dos valores corresponde a una estimación conservadora de la disposición a pagar por las concesiones;

Sexagésimo segundo. Que, en suma, deben tenerse por ciertas las afirmaciones de la FNE respecto de los elementos facilitadores de colusión presentes en esta industria y en cada uno de los mercados relevantes afectados, contexto este último que, sin duda, permitió que la práctica de cesión de derechos de postulación imputada en autos se asentara y llegara a ser común entre los operadores;

Sexagésimo tercero. Que, sin embargo, a juicio de este Tribunal, la existencia de un marco jurídico y de condiciones de hecho favorecedoras de acuerdos colusivos no debe entenderse en caso alguno como una justificación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los mismos, ni tampoco puede acogerse la defensa esgrimida por varias de las requeridas en cuanto a que, por tratarse de una práctica habitual, la cesión de derechos con el objeto de asegurar a un operador en particular, de manera predeterminada, la adjudicación de una concesión en un proceso que se supone debe ser competitivo, no es susceptible de reproche en sede de libre competencia. Al contrario, si se determina que hubo acuerdos en tal sentido, que éstos fueron colusorios, y que tuvieron por objeto producir un resultado licitatorio de manera preestablecida y sin que medie en el proceso de licitación una puja efectiva y real entre los potenciales oferentes –esto es, si se determina que se sustituyó competencia por coordinación- no cabrá mas posibilidad que (i) sancionar a los partícipes con las multas, sanciones y medidas que establece el Decreto Ley N° 211 y, (ii) eventualmente, de considerarlo así procedente este Tribunal, ejercer la facultad de recomendar al Poder Ejecutivo la modificación de los preceptos legales y reglamentarios que permiten o facilitan la existencia de tales prácticas, de conformidad a lo establecido en el artículo 18 N° 4 de dicho cuerpo legal;

Sexagésimo cuarto. Que con igual lógica debe desecharse la defensa de Bío Bío en cuanto a que el acuerdo alcanzado con Duplex respecto de la concesión de Los Vilos fue un hecho esporádico y ajeno a la práctica sostenida de Bío Bío de no celebrar este tipo de acuerdos pues, si un acto resulta ser ilícito, su reprochabilidad no desaparece por el comportamiento lícito anterior de quien lo comete, siendo este elemento útil sólo como un factor más a considerar al momento de determinar la sanción que se le pueda aplicar;

Sexagésimo quinto. Que en ese orden de cosas debe entonces determinarse si los hechos acreditados en autos respecto de las requeridas, y en especial respecto de Bío Bío, constituyen o no un acto de colusión contrario a la libre competencia en los mercados relevantes afectados. Al efecto, y tal como ya se ha dicho, debe aplicarse la norma substantiva vigente a la fecha de los hechos, esto es, el art. 3° del Decreto Ley N° 211, que a la época prescribía lo siguiente: *“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 correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”*. El inciso segundo de la referida norma, por su parte, establecía que *“(s)e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”;

Sexagésimo sexto. Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada de este Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado;

Sexagésimo séptimo. Que este Tribunal estima cumplido el primero de los requisitos antes indicados, al estar acreditada la celebración, por parte de todas las requeridas, incluida Bío Bío, de contratos o acuerdos de cesión de derechos de postulación en las licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora FM en las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Los Vilos, Pichidangui, Llay Llay, Pichilemu, Alerce y Coyhaique, en los concursos llamados por Subtel para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007;

Sexagésimo octavo. Que también debe considerarse cumplido el segundo de los requisitos antes mencionados, pues, en opinión de este Tribunal, los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas. Ello ocurrió porque tales acuerdos restringieron la participación de ciertos postulantes de manera previa al acto mismo de adjudicación del recurso escaso. Esta restricción se produjo aun cuando quienes concurren a los acuerdos participaran físicamente del acto mismo de licitación, dado que lo hicieron con ofertas artificialmente bajas en comparación con el precio que se reflejaban en las cesiones; ofertas, cuyo objeto era, precisamente, permitir que el cesionario de los derechos de postulación fuese quien se adjudicara la respectiva concesión y recuperar sin costo las boletas de garantía entregadas para participar en el mismo. Este hecho es reprochable porque permitió a las requeridas reemplazar el proceso competitivo establecido por la LGT por uno simulado, en el que se conocía de antemano tanto quiénes iban a participar en la licitación como quién se la iba a adjudicar, sin que mediara una puja real, en la licitación, por la concesión que se licitaba en cada caso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo noveno. Que lo anterior también permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder– suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado;

Septuagésimo. Que lo anterior es válido también respecto de Bío Bío, dado que, como ya se ha establecido, existió en su caso un pago que le aseguraba que sería el ganador del concurso. Su argumento de que dicho acuerdo sólo tenía por objeto lograr la transferencia de la concesión “a todo evento” sólo refuerza y ratifica que su propósito era, precisamente, el de alterar el resultado de la licitación de la concesión de Los Vilos, pues, o resultaba Bío Bío adjudicataria, o Duplex le cedía dicha concesión si se la adjudicaba, todo lo cual constituye igualmente un reparto de la licitación y una eliminación de toda posibilidad de competencia en la misma;

Septuagésimo primero. Que, por otra parte, la prueba acompañada al proceso por Bío Bío, detallada en la parte expositiva de esta sentencia a propósito del punto 14 y siguientes, no resulta eficaz y carece de mérito suficiente como para alterar los razonamientos de este Tribunal respecto de (i) la ocurrencia de los hechos descritos en el requerimiento de la FNE; y, (ii) la reprochabilidad de la conducta desplegada por la requerida Bío Bío, a la luz del D.L. N° 211. Lo anterior, toda vez que dicha prueba está orientada a demostrar hechos y circunstancias que, (i) no se refieren a los que se le imputan, (ii) no refutan la existencia de su conducta ilícita –que, como ya se ha visto, este Tribunal considera como suficientemente probada- y, (iii) se dirigen además a probar la existencia de un mercado relevante diferente al que ha sido definido por este Tribunal precedentemente;

Septuagésimo segundo. Que, en este contexto, no debe dejarse de resaltar la gravedad que reviste, en el ámbito del derecho de la competencia, la colusión entre competidores. Tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, *“Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.” (consideración duodécima, Sentencia Corte Suprema Rol N° 1746-2010, de fecha veintinueve de diciembre de 2010). Esta circunstancia debe tenerse en consideración de manera permanente a la hora de juzgar y sancionar conductas como las de autos;

Septuagésimo tercero. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos;

Septuagésimo cuarto. Que así determinada la concurrencia de todos los requisitos del ilícito en análisis, respecto de los hechos acreditados en esta causa, este Tribunal concluye que las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José, Radio Corporación y Bío Bío, han infringido el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de los hechos, al coludirse exitosamente para repartirse y pre-asignar los resultados de las licitaciones de frecuencias de radiodifusión sonora FM en las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Los Vilos, Pichidangui, Llay Llay, Pichilemu, Alerce y Coyhaique, en los concursos llamados por Subtel para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007, por lo que se acogerá el requerimiento de la FNE y se impondrá a las requeridas las sanciones y medidas que a continuación se indican;

Septuagésimo quinto. Que, atendidos los acuerdos de conciliación celebrados entre la FNE y cada una de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, y la aprobación que este Tribunal otorgó a cada uno de ellos, se impondrá a cada una de dichas requeridas el máximo de la multa solicitada por la Fiscalía en cada acuerdo conciliatorio, atendida la gravedad de la conducta ilícita cometida;

Septuagésimo sexto. Que se declara en su respecto además que todos y cada uno de los compromisos de conducta asumidos por tales requeridas, en sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respectivos acuerdos de conciliación, deberán mantenerse vigentes y en aplicación;

Septuagésimo séptimo. Que en el caso de Bío Bío, la multa será determinada prudencialmente por este Tribunal, considerando para tal fin, como elementos de aquellos que señala el artículo 26º, inciso final, del Decreto Ley N° 211, (i) que la conducta cometida por Bío Bío constituyó un caso aislado en su práctica habitual al enfrentar licitaciones de concesiones de radiodifusión, (ii) que los efectos en el mercado afectado no fueron significativos y, (iii) que se encuentra acreditado que Bío Bío colaboró de manera suficiente durante la investigación llevada a cabo por la FNE, renunciando incluso a la concesión adquirida para la localidad de Los Vilos. Adicionalmente, se impondrá a Bío Bío la obligación de atenerse a las prohibiciones y compromisos de conducta que se detallarán en lo resolutivo de esta sentencia y que son similares a los acordados entre la FNE y las demás requeridas en los acuerdos de conciliación a que ya se ha hecho mención;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º, 26º y 29º del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

I. Rechazar las excepciones de prescripción alegadas por Corporación de Radio Valparaíso Limitada y Radio Corporación S.A.;

II. Acoger el requerimiento de la FNE en contra de Corporación de Radio Valparaíso Limitada, Transco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Radio Corporación S.A., Inversiones San José Limitada, Altronix Comunicaciones Limitada, Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada, Bío Bío Comunicaciones S.A., Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia;

III. Imponer a las siguientes requeridas las multas, a beneficio fiscal, que para cada una de ellas se indica: a Corporación de Radio Valparaíso Limitada, 200 UTA; a Transco S.A., 1 UTA; a Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, 1 UTA; a Radio Corporación S.A., 5 UTA; a Inversiones San José Limitada, 10 UTA; a Altronix Comunicaciones Limitada, 5 UTA; a Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada, 5 UTA; a Cristián Wagner Muñoz, 200 UTA; y a Claudio Toro Arancibia, 200 UTA;

IV. Imponer a Bío Bío Comunicaciones S.A. una multa, a beneficio fiscal, de 5 UTA;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

V. Imponer a Bío Bío Comunicaciones S.A. las siguientes obligaciones: a) inhibirse, en lo sucesivo, de llevar a cabo el tipo de conductas por las cuales ha sido sancionada en este requerimiento; y, b) establecer protocolos internos dirigidos a sus propietarios, accionistas, ejecutivos y empleados, a objeto de adoptar las mejores prácticas que tiendan a desincentivar en el futuro toda conducta que pueda considerarse contraria a las normas de libre competencia.

VI. No condenar en costas a las requeridas.

La FNE fiscalizará las obligaciones y compromisos asumidos por las requeridas en los acuerdos de conciliación aprobados por este Tribunal, y las obligaciones impuestas en el numeral V a Bío Bío Comunicaciones S.A.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N°194-09

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Joaquín Morales Godoy, y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.