



Rol Contencioso N°: 194-09 CON ASREGADOS
5 Cajas

Carátula: **REQUERIMIENTO DE LA FNE
CONTRA RADIO VALPARAISO
LIDA Y OTROS**

TOMO IX

Requiere / Demandante:

6074

Requerido / Demandado:

4-11
ps 2178 a



01068742011000901

CORTE SUPREMA DE CHILE
LIBRO : CIVIL
RECURSO : (CIVIL) OTROS
N° ING. : 6674 - 2011
FOLIO : 4440
26/07/2011 HORA : 13:18

11-07-11

15

2600
Dos mil seiscientos



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

Santiago, once de enero de dos mil doce.

A fojas 2598 y 2599: téngase presente.

Vistos:

En estos autos rol 6874-2011 la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de la Corporación Radio Valparaíso Limitada (CRV), Transco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Radio Corporación S.A., Inversiones San José Limitada, Altronix Comunicaciones Limitada, Bío Bío Comunicaciones S.A., Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia, imputándoles 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 9 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 esos acuerdos, conductas que habrían sido organizadas por CRV, Transco y Santa Ignacia y por sus representantes legales Sr. Wagner y Sr. Toro. Como consecuencia de ello las licitaciones fueron adjudicadas a un precio menor al que habría resultado de un proceso competitivo, conducta que constituye infracción al artículo 3 del Decreto Ley 211.

A fojas 1117 la empresa Soproper S.A., denunciante ante la Fiscalía Nacional Económica, se hizo parte como tercero coadyuvante.

A fojas 235, 276, 312, 444, 484 y 509 respectivamente las empresas y personas naturales requeridas contestaron el requerimiento efectuado en su contra, solicitando en cada caso su rechazo por no haber incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia que se les imputa.

A fojas 1106 se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 2485 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia por la que acogió el requerimiento planteado y les impuso a los requeridos multas de 1 a 200 unidades tributarias anuales. A la Empresa Bío Bío Comunicaciones S.A. específicamente le impuso una multa de cinco unidades tributarias anuales y la obligación de inhibirse en lo sucesivo de llevar a cabo conductas por las que se le sancionó en esta causa, así como 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 puede considerarse contraria a las normas de libre competencia.

La sentencia no condenó en costa a los requeridos.

y
rec
fal.
abst
segu
empr.

Bío B.
vulner
critic
único
un repr
proceso
contrad
las regu
Af
reglada
radiodif
represent
explotaci
presentad
acordó el

Der para reincidir uno

2601



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

Contra esta decisión la empresa Bío Bío Comunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica interpusieron sendas reclamaciones solicitando la primera la revocación del fallo en lo relativo a la condena que se le impuso y se le absuelva de las imputaciones formuladas en su contra, y la segunda el aumento de la multa que se le impuso a dicha empresa y la condena en costas.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por medio de la reclamación la empresa Bío Bío Comunicaciones S.A., en adelante Bío Bío, alega la vulneración del debido proceso y las reglas de la sana crítica, por cuanto la condena a su parte se basa en un único antecedente, cual es la declaración extrajudicial de un representante de la empresa Duplex, no ratificada en el proceso e introducida en forma intempestiva, la que es contradicha por abundante prueba que no fue ponderada y por las reglas de la lógica y la experiencia.

Afirma que la transferencia de concesiones es lícita, reglada por la legislación y frecuente en la industria de radiodifusión. El precio acordado con Duplex fue representativo de los costos de un proyecto técnico de explotación de concesión de radiodifusión sonora como el presentado por Duplex para esta licitación. Afirma que no acordó el precio que Duplex ofertaría en la licitación de

Los Vilos, ni menos el que ofertaría CRV por ser su parte ajena a estas tratativas. Explica que al consentir en el acuerdo su parte quiso aumentar las probabilidades de lograr la concesión, aunque no a asegurarla porque aún cabía la posibilidad que se la adjudicara CRV. Luego agrega que aun cuando el efecto del acuerdo fuera eliminar a un competidor, que lo niega porque Duplex no es radiodifusor y por ello no se interesa en adjudicarse las concesiones para explotarlas sino para comercializarlas, ello resultaba inofensivo para la libre competencia porque aún estaba CRV como competidor, que sí es radiodifusor. Incluso, aun de haberse eliminado a ese competidor, agrega, tal situación era inocua para la libre competencia porque esta última ya contaba con una concesión en explotación en Los Vilos y también en Pichidangui, y Duplex tenía 2 concesiones en Los Vilos explotadas por terceros. Además, consta de un oficio emanado de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que en Los Vilos existían y existe mayor número de concesiones por otorgar que concesiones otorgadas, y dentro de éstas varias sin explotar. Tampoco fue el fin del acuerdo pagar un precio irrisorio por la concesión porque su parte había decidido el precio a ofertar antes de las tratativas con Duplex y enfrentaba a CRV por lo que no varió su oferta. Comparada ésta con los precios pagados en otras licitaciones en Los Vilos en años anteriores, la oferta de



Bío Bío fue muy superior. En todo caso, si alguna amenaza hubo para la libre competencia con el acuerdo con Duplex, ella quedó totalmente eliminada con la renuncia a la concesión que su parte presentó a la Subtel el 25 de mayo de 2009, antes de la presentación del requerimiento.

SEGUNDO: Que enseguida se refirió al mercado relevante y sostiene que en este caso es el del aviso publicitario radial, en el que carece su parte de poder de mercado. En un contexto nacional Los Vilos carece de toda importancia en este mercado. En el caso del aviso local los anunciantes prefieren las estaciones radiales locales, como lo declararon testigos presentados por su parte. La definición de mercado relevante que hace es concordante con la que el Tribunal hizo en la resolución 20/2007, la que la sentencia de autos contradice al coincidir con la Fiscalía al definir como mercados relevantes cada una de las licitaciones de las diferentes concesiones, con sus zonas de servicios, error que llevó al Tribunal a despreciar la prueba presentada por su parte respecto de la estructura y características de los mercados nacional y local del aviso radial, que habría permitido apreciar los nulos efectos anticompetitivos de la conducta que se le imputa.

TERCERO: Que a continuación acusa una incongruencia entre la acusación y la condena porque la imputación de la Fiscalía, a diferencia de lo que se indica en el fallo, se

limita a haber acordado su parte con Duplex que ésta, a cambio de una suma de dinero, ofertaría en falso en la licitación de la concesión en Los Vilos, sin imputarle participación, ni aun indirecta, en el otro acuerdo, entre Duplex y CRV.

CUARTO: Que por su parte la Fiscalía Nacional Económica en su reclamación plantea que la multa impuesta no se condice con la gravedad de la conducta sancionada, cual es la colusión, ni consideró las agravantes que concurren respecto de Bío Bío y en cambio consideró atenuantes que ya su parte había considerado al momento de solicitar la multa a imponer a dicha empresa. En cuanto a las costas sostiene que el hecho que Bío Bío Comunicaciones haya decidido no celebrar acuerdo conciliatorio con esa Fiscalía, no obstante existir clara evidencia en su contra, importa que no tenía motivos plausibles para litigar y extendió innecesariamente el juicio, por lo que merece que se le condene a su pago.

QUINTO: Que es imperioso en primer término dejar asentado que la Fiscalía Nacional Económica formuló requerimiento en contra de la empresa Bío Bío por haber incurrido ésta en conducta de colusión al celebrar un acuerdo con la empresa Duplex, en virtud del cual esta última presentaría una oferta simbólica y predefinida en la licitación para la adjudicación de la concesión de

Dos mil, seiscientos tres

2603



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

radiodifusión sonora de frecuencia modulada para la localidad de Los Vilos para asegurar de esa forma que la concesión fuera adjudicada a Bío Bío a cambio de una contraprestación en dinero.

SEXTO: Que es un hecho no discutido que en lo que dice relación con el proceso de licitación de la concesión respecto de Los Vilos, sólo había tres oferentes participando, a saber: CRV, Duplex y Bío Bío, lo que era conocido por ellos. Por su parte, según lo reconoce Bío Bío en la contestación al requerimiento que se le formuló, en forma previa a la licitación recibió un llamado de un personero de Duplex quien le ofreció que, a cambio de un precio a todo evento, si Duplex resultaba adjudicatario en la licitación transferiría a Bío-Bío la concesión.

SÉPTIMO: Que, contrariamente a lo que sostiene la reclamante Bío-Bío, esa conducta constituye colusión desde que importa coordinación por parte de las empresas que naturalmente debían competir. Aun cuando no tuviera conocimiento del convenio que a su vez celebró Duplex con CRV en cuanto a que ésta última se abstendría de competir en la licitación de Los Vilos, lo cierto es que con el acuerdo que reconoce con Duplex se aseguraba al menos que uno de sus dos competidores dejara de serlo en la realidad, aumentando considerablemente sus posibilidades para lograr la adjudicación en cuestión, lo que en la práctica ocurrió.

LA RECLAMANTE Y SUS ASESORES

Por ello resulta irrelevante la incongruencia que alega entre el requerimiento planteado en su contra y la sentencia de autos, que determinó que su parte tenía también conocimiento del acuerdo previo entre CRV y Duplex, desde que, como ya se dijo, la sola existencia del convenio entre su parte y Duplex importa la concurrencia de la conducta colusiva por la que se la requirió y condenó, conducta que afecta la libre competencia, específicamente en este caso la restringe eliminando a uno de sus dos competidores.

OCTAVO: Que por lo mismo tampoco tiene relevancia el error en que habría incurrido la sentencia al dar por establecido el conocimiento que Bío Bío tuvo del acuerdo previo antes referido con la sola declaración extrajudicial de uno de los representantes de Duplex, contradicha por la que prestó en la causa el representante de su parte.

NOVENO: Que según consta de la absolución de posiciones rendida en la causa por don Lucas González Rivera, cuya transcripción rola a fojas 1655 y siguientes, representante legal de la empresa Duplex, la suma que Bío-Bío pagó a su parte en virtud del convenio celebrado ascendió a tres millones de pesos, monto muy superior al precio que pagó por la licitación -un millón cien mil pesos- lo que por cierto demuestra la conveniencia que el acuerdo reportaba a Bío-Bío para su objetivo, cual era



maximizar las posibilidades de lograr la concesión restringiendo la competencia y con ello lograr zonas o cuotas de mercado, sin que entonces pueda estimarse que tal actuación resultaba inocua para la libre competencia, como lo afirma Bío-Bío en su reclamación. Que de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia.

DÉCIMO: Que, finalmente, el que la reclamante haya renunciado a la concesión con anterioridad a la presentación del requerimiento en nada altera la convicción de esta Corte, ya que tal situación ocurrió el 25 de mayo del año dos mil nueve, con posterioridad al comienzo de la investigación que por estos hechos realizó la Fiscalía Nacional Económica y del oficio reservado N° 2015 por el que dicho organismo le comunicó de su inicio y le solicitó antecedentes, de fecha 14 de mayo del año dos mil nueve, cuya copia rola a fojas 14 del tomo I del cuaderno de documentos.

UNDÉCIMO: Que tal como se afirma en el fallo impugnado el mercado relevante en este caso es el objeto específico de la licitación, el derecho a utilizar la porción del espectro radioeléctrico para Los Vilos, desde que con ocasión de ese proceso, definido por las bases y la normativa vigente, es que surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que puede obtenerse con la colusión, como ocurrió en el caso de autos. Es decir, el objeto de la licitación constituye un mercado en sí, distinto del mercado final que sería el del avisaje, y necesario para ingresar a este último.

DUODÉCIMO: Que en atención a lo antes razonado, la reclamación deducida por Bío-Bío será desestimada.

DECIMOTERCERO: Que en lo que dice relación con el monto de la multa impuesta, motivo de reclamación por parte de la Fiscalía Nacional Económica, corresponde señalar que de acuerdo al artículo 26 del Decreto Ley 211 es al Tribunal al que corresponde determinar su monto, considerando para ello las situaciones que se mencionan en el inciso final de dicha disposición, de manera que resulta irrelevante que hayan sido ponderados al momento de solicitarse en el requerimiento la multa a imponer. En este caso el Tribunal tuvo en consideración que fue la primera vez que Bio-Bío incurría en este tipo de conductas al enfrentar licitaciones de radiodifusión, que los efectos de

ella
renun
que
circu
mane
inte
caus
es c
Comu
en
decr
mane
por
sera
los
del
fij
Dec
men
254
sen
248



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

ella no fueron significativos en el mercado y que incluso renunció a la concesión con posterioridad, lo que importa que finalmente no obtuvo beneficio económico, circunstancias todas que la Fiscalía también reconoce, de manera que no es posible acoger la reclamación que interpuso por este concepto.

DECIMOCUARTO: Que en lo referente a las costas de la causa, corresponde considerar que el procedimiento de autos es de carácter sancionatorio y en él la empresa Bío-Bío Comunicaciones S.A. resultó condenada por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 3° letra a) del decreto antes mencionado por la que fue requerida, de manera que resulta procedente su condena en costas, motivo por el que en este aspecto la reclamación del ente acusador será acogida.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, 3, 26 y 29 del Decreto Ley antes mencionado se declara:

I.- Que **se rechaza** la reclamación deducida a fojas 2541 por Bío-Bío Comunicaciones S.A. en contra de la sentencia de veintidós de junio último, escrita a fojas 2485.

II.- Que se **acoge en parte** la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2560 en contra de la sentencia ya mencionada y, en consecuencia, se condena al pago de las costas a Bio-Bio Comunicaciones S.A.

Se rechaza en lo demás la referida reclamación.

Acordada contra el voto de los Ministros Sra. Sonia Araneda y Sr. Haroldo Brito en lo que dice relación con el rechazo de la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica por el monto de la multa impuesta a Bio-Bio Comunicaciones S.A, quienes estuvieron por acogerla en atención a los siguientes fundamentos:

1°) Que, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, el Tribunal, para determinar el monto de la multa a imponer, debe considerar entre otros factores la gravedad de la conducta. En este caso la empresa en cuestión ha sido sancionada por haber incurrido en la conducta de colusión, a que se refiere el artículo 3° letra a) del decreto ley antes mencionado. Tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, la colusión, constituye de todas las conductas que atentan contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es

S O

S O A

Dos mil seiscientos sesenta y tres 2606



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

en definitiva el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.

2º) Que en el caso que nos ocupa, si bien es efectivo que favorece a la empresa requerida la circunstancia de tratarse de un caso aislado en su práctica habitual al enfrentar licitaciones de concesiones de radiodifusión, que los efectos en el mercado no fueron significativos y que con posterioridad renunció a la licitación, tales circunstancias, ponderadas junto a la gravedad del delito, llevan a estimar a esta disidente que la multa de veinte Unidades Tributarias Anuales solicitada por la Fiscalía aparece como razonable, máxime si de acuerdo al artículo 26 antes citado el monto máximo a imponer como sanción por la conducta en que incurrió la requerida es de veinte mil unidades tributarias anuales.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Gorziglia y la disidencia la Ministro señora Arámeda.

Rol N° 6874-2011.-

SR. BAUTO

SRA SANDOVAL

SR. CARRERA Y SRA. ARAMEDA