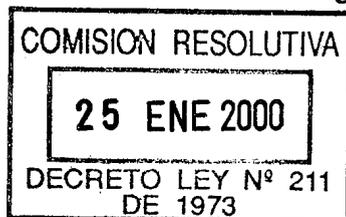


REPÚBLICA DE CHILE  
FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA  
Agustinas N° 853, Piso 12  
Santiago



OF. ORD. FNE N°: 039 /

EN LO PRINCIPAL: Formula requerimiento en contra de "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", "Modern Times Group MTG AB", "Metro International S.A.", "Modern Times Group MTG AB (Chile) Limitada" y "Tiempos Modernos S.A."; EN EL PRIMER OTROSI: Acompaña expedientes que indica; EN EL SEGUNDO OTROSI: Solicita se decreta reserva de documentos.

#### H. COMISION RESOLUTIVA.

Rodrigo Asenjo Zegers, Fiscal Nacional Económico, con domicilio en Agustinas 853, piso 12, Santiago, a esa H. Comisión Resolutiva con el debido respeto digo:

Que, en ejercicio de las atribuciones que me confieren los artículos 17, letra a) y 27 letras b) y c) del texto vigente del Decreto Ley N° 211, de 1973, vengo en formular requerimiento en contra de "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", **en adelante también METRO S.A.**, representada por su Gerente General don Rodrigo Azócar Hidalgo, ambos domiciliados en Avda. Libertador Bernardo O'Higgins n°1414, Santiago; "Modern Times Group MTG AB", **en adelante también MTG**, "Metro International S.A.", **en adelante también MI**, ambas representadas por don Fernando Jamarne Banduc, todos domiciliados en Amunátegui N° 227, piso 3°, Santiago; y en contra de "Modern Times Group MTG AB (Chile) Limitada", **en adelante también MTG CHILE**, y "Tiempos Modernos S.A.", **en adelante también TM**, ambas representadas también por don Fernando Jamarne Banduc, todos domiciliados en Monjitas N° 392, piso 15, Santiago, en mérito de los antecedentes y consideraciones que expongo a continuación:

## I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de septiembre de 1999 el "Consortio Periodístico de Chile S.A.", en adelante "COPESA", representada por su Gerente General don Carlos Larraín Wormald, presentó ante la Fiscalía Nacional Económica una denuncia por las infracciones que según esta última habrían cometido Metro S.A., MTG y MI, al artº2 letra f) del D.L. 211, esto es decir, arbitrios destinados a entorpecer o restringir la libre competencia, al firmar éstas, con fecha 23 de Julio de 1999, un contrato para la publicación de un periódico con la marca "METRO", a distribuirse en forma gratuita, de Lunes a Viernes en el tren subterráneo. La denunciante alega que tal contrato atenta en contra de la libre competencia por los siguientes argumentos:
  - 1.1. Un periódico con exclusividad de distribución como el diario Metro pretende excluir a sus competidores porque, exponen en primer lugar, "Metro S.A. no permite que se distribuya en su interior diarios de propiedad de ningún medio de comunicación y cuando decide permitir la circulación de periódicos resuelve directamente a quien le otorga el privilegio de distribución". Segundo, repartiría un "territorio de consumidores" a un solo oferente o distribuidor, de 750.000 personas, las cuales serían un mercado cautivo de Metro S.A.. Tercero, se eliminaría la libre competencia porque dentro del metro no habría elección para los pasajeros; solo podrían acceder al diario Metro.
  - 1.2. Un periódico gratuito daña la libre competencia porque su entrada tendrá un fuerte impacto en las ventas de los matutinos, compitiendo en desigualdad de condiciones y estableciendo barreras de entrada. El perfil socioeconómico de los usuarios del metro es más alto que el general y por lo tanto se verán mas afectados aquellos periódicos que apuntan al mismo segmento que mayoritariamente usa el metro, esto es C2 y C3. Estos periódicos serían La Tercera y Las Últimas Noticias.
  - 1.3. El reparto gratuito de un periódico diario no sería posible porque atentaría contra la estabilidad laboral de las personas que se ganan la vida repartiendo diarios, los suplementeros. Además los avisadores estarían dispuestos a pagar más porque el diario Metro sería leído exclusivamente por el mercado cautivo de Metro S.A., al ser monopolístico dentro de este. La base del negocio

sería la mantención del poder monopólico de distribución del diario que se edite.

2. Con fecha 14 de octubre de 1999, el infrascrito comunicó el inicio de la investigación y solicitó informe a Metro S.A. quien respondió con fecha 26 de Octubre del mismo año al siguiente tenor: que COPESA es miembro de la Sociedad de Fomento Fabril, SOFOFA, y de la Asociación Nacional de Prensa, ANP quienes presentaron un recurso de protección y un recurso de amparo económico respectivamente, en una maniobra, según Metro S.A., concertada.

Respecto del contrato entre Metro S.A. y MTG explica que su propuesta es de editar un diario gratuito que se financia con avisaje publicitario, de una línea editorial neutra, apolítica y arreligiosa, con un determinado tiraje, cediéndose la marca "Metro" por un canon de 340 UF anuales. MTG es responsable por el diario Metro (MTG obtendrá pérdidas y ganancias, será responsable de los gastos de publicación y distribución) y Metro S.A. solo cede un espacio físico para la distribución de éste. MTG se obliga a la continuidad de la distribución y es responsable de las autorizaciones y permisos necesarios para poner en marcha el proyecto.

MTG, por el espacio físico para la distribución pagará a Metro S.A. una renta compuesta por una parte fija y una parte variable. Metro S.A. por su parte se compromete a no entregar espacio para la distribución gratuita de periódicos en mejores condiciones a terceros. Si lo hiciera en iguales condiciones, renegociará con MTG los montos de la retribución. Si no hay acuerdo será el menor valor entre el 50% del monto actual o el monto actual menos las retribuciones que reciba de el o los demás distribuidores.

Respecto de la denuncia presentada por COPESA, Metro S.A. hace las siguientes consideraciones:

- a) Respecto de la contratación entre Metro S.A. por una parte, y MTG y MI por la otra, la primera es libre de elegir la forma de contratar que mejor le parezca, pues es una Sociedad Anónima regida por la ley 18.046 de Sociedades Anónimas por mandato de la ley 18.772, y por el Dictamen N°19795/93 emitido por la Contraloría General de la República que determinó que Metro S.A. "es una sociedad anónima supeditada a las disposiciones de derecho privado, por lo tanto la licitación no constituye para ella un mecanismo obligatorio". Metro S.A. no contrató con MTG ni MI con exclusividad.

No existirían otros interesados en este producto ni sujetos con la capacidad de llevarlo a cabo. No valdría la aseveración hecha por la denunciante en el sentido de que se debe dar acceso a la distribución a todos o a nadie, pues Metro S.A. es una empresa y los espacios que ocupa son de su propiedad o concesión, no espacios de comercio público. Por otra parte, MTG y MI ofrecieron un producto único; es por esto, es decir porque hay un solo proveedor, que la licitación no es un medio adecuado para determinar al cocontratante. Además habría sido difícil obligar a Metro S.A. a involucrarse en un tema que desconoce: el de la prensa escrita. Por esto se considera prudente haber aceptado la oferta de MTG y MI, más aún cuando según la informante no se ha comprometido exclusividad.

Los supuestos interesados en defender la libre competencia en verdad querrían entorpecer la entrada de un nuevo medio altamente competitivo al mercado.

b) Respecto del porcentaje en el cual Metro S.A. participa del transporte terrestre, y relevancia de este en relación con los lectores de periódicos, alega que el metro es el único medio de transporte que siempre tiene un medio sustituto disponible al usuario, y en él se realiza sólo el 8% del total de viajes en la Región Metropolitana. (Según la Secretaría Ejecutiva de la Comisión de Planificación de Inversiones en Infraestructura de Transporte)

Según estudios de la Universidad Católica, proyectados a los usuarios del metro por Grupo Socio Económico (GSE), puede concluirse que el 73% de los pasajeros del metro no leen periódicos de ninguna especie. A la hora punta de la mañana (de 7 a 10 a.m.), hora en que se repartirá el diario "Metro", 174.809 pasajeros hacen uso de la red. Si excluimos el 73% de estos, nos queda que sólo 47.198 pasajeros leen algún periódico. Frente al tiraje nacional de COPESA, que equivale a 320.000 unidades (120.000 por La Tercera y 200.000 por La Cuarta) el tiraje del diario Metro sería bajo. Señala también la demandada que la propia denunciante descarta cualquier efecto respecto de La Cuarta, por apuntar ésta a un grupo socioeconómico que casi no usa el metro, cosa que sucede también con El Mercurio que es leído por el grupo socioeconómico ABC1.

El impacto que ha tenido diario Metro en otras ciudades ha sido bajo, y opina Metro S.A. que en Santiago también será así pues éste es un mercado en el que el público busca una determinada línea editorial e informativa, y en ese sentido el diario Metro sería complementario y no sustituto.

Señala finalmente que el diario Metro no produciría impacto alguno en el mercado potencial de lectores de diarios fuera del metro (taxis, colectivos y microbuses) que equivale aproximadamente al 62% de los viajes realizados diariamente. Lo que buscaría la denunciante sería que este medio de prensa no llegue a ninguno de aquellos usuarios que no son lectores de periódicos, transformando a quienes lo son en lectores cautivos.

c) La denuncia desconocería los beneficios sociales del nuevo diario. Metro S.A. estima que habría que aplicar en este caso la llamada "Rule of Reason" o regla de razón, en virtud de la cual hay que apreciar la legalidad de una acción de acuerdo a la bondad que ésta acarrea frente a la sociedad. En este caso la bondad sería que parte de ese 73% de pasajeros del metro que no leen ningún periódico adquiriría el hábito de la lectura. Además los mensajes publicitarios en prensa llegarían a más gente, lo que conviene a los avisadores.

Señala por último Metro S.A., que la experiencia internacional demuestra que con un diario gratuito no hay un efecto sustituto de conductas, y de haberlo, éste suele ser marginal.

d) Ser pasajero del metro no significa transformarse en usuario cautivo o lector obligado del nuevo diario. No se puede sostener que por usar este medio de transporte los usuarios del mismo se sentirán en la obligación o el deber de tener que leer el nuevo diario. Metro S.A. tiene su prestigio en el área del transporte de pasajeros, por lo que no tendría clientela alguna que aportar o restar al negocio.

El 50% de los usuarios de metro usa en un mismo viaje otro medio de transporte y tiene por lo tanto otras ofertas a mano, al igual que quienes se acercan al metro caminando. Existe oferta de otros medios de prensa incluso dentro del metro.

e) Respecto de la gratuidad del periódico, esta estrategia comercial obedece a razones económicas y es justamente el giro de MTG. Señala que en todo caso que esta estrategia no es poco común, y ha sido utilizada en Chile incluso por COPESA. Ejemplos de esto son la revista Paula que se distribuye gratis con El Mercurio, la revista Newsweek que se distribuye gratis con El Diario, la revista Time que se distribuye gratis con La Tercera. Por otra parte varios de estos periódicos se ofrecen gratuitamente en Internet (El Mercurio, Estrategia, La Tercera, etc.). En el

caso de El Metropolitano, dos tercios de sus ejemplares diarios son distribuidos gratuitamente, y la revista Dato Aviso es de distribución gratuita y se financia con avisaje.

Por estas razones es que Metro S.A. estima que la denuncia de COPESA no estaría motivada por la gratuidad del diario Metro, sino más bien por la entrada de un nuevo medio que no pertenece a la asociación gremial correspondiente y que competirá directamente con la denunciante por el avisaje publicitario.

f) No existiría exclusividad en la distribución de periódicos en las instalaciones del metro pues existen espacios ocupados por comerciantes que han contratado con Metro S.A. y en los que se vende la totalidad de los diarios que circulan en Santiago, en dos estaciones de la Línea 1 y en seis estaciones de la Línea 5. Son locales destinados por contrato a la comercialización entre otros de diarios y revistas. Además hay 21 locales parecidos disponibles, lo que fue debidamente informado a la Asociación de Suplementeros de Chile, sin que a la fecha hayan respondido.

El contrato no es exclusivo en virtud de las cláusulas sexta y doceava del contrato acompañado, y de hecho da a Metro S.A plena facultad para dar acceso a la red a otros distribuidores.

g) La denunciante ofrece vía Internet medios de prensa gratuita, tales como La Tercera, La Hora y la revista Qué Pasa.

h) MTG ofrecerá un producto diferente a los que ofrece COPESA, en caso alguno podría ser comparado con los productos de esta última. El giro de MTG es editar periódicos de línea editorial neutra a ser repartidos gratuitamente en trenes subterráneos, actividad muy diferente a la del grupo COPESA.

i) Dice Metro S.A. que la denunciante conocía las circunstancias que motivaron la investigación que esta llevando a cabo la Fiscalía y que jamás se interesó en la distribución de un periódico en el metro, según consta en la noticia aparecida en 5/9/98 en la revista Qué Pasa.

j) Es conocida la escasa relevancia del precio de un periódico en el total de sus ingresos, el que por lo general ni siquiera alcanza la totalidad de los

costos de producción del mismo. Tenemos entonces que hoy el precio de un periódico no es relevante. En tanto, la gratuidad del periódico de MTG es un elemento determinante en su negocio y es a la vez atractivo para Metro S.A. pues mejora su servicio de transporte de pasajeros.

k) Metro S.A. es una empresa que en virtud de la ley 18.772 tiene una estructura de sociedad anónima, sujeta a la respectiva Superintendencia, y por lo tanto regida por el derecho común, lo que según Metro S.A. queda claro en el mensaje de la respectiva ley. Además, según la Contraloría General de la República, en virtud del dictámen anteriormente citado, está fuera del organigrama de la administración del Estado.

l) Respecto del giro social, la ley determina que Metro S.A. tiene un giro principal (el transporte de pasajeros), uno complementario (que refuerza el giro principal) y actividades anexas al giro principal. Se encuentran, según Metro S.A., dentro de las actividades anexas al giro principal: el arriendo de locales comerciales, el arriendo de espacios para publicidad (que sería el 27% de la publicidad en "vía pública" de la Región Metropolitana), salas de exposición, préstamo de libros, Metroarte, convenios para el desarrollo del Metrobus, etc.

En su conjunto, estas actividades reportan a Metro S.A. U\$ 8.000.000 anuales, que equivalen al 10% de los ingresos de Metro S.A., y están, a entender de esta última, dentro del giro principal, pues su objeto es captar pasajeros con servicios que sean útiles al público, que ahorren tiempo etc. Metro S.A. debe autofinanciarse como cualquier empresa privada, y está en competencia con el transporte de superficie.

3. Con fecha 27 de Octubre de 1999 las denunciadas "MTG" y "MI", ya individualizadas, presentaron un escrito solicitando tener presente que tomaron conocimiento extrajudicial de la investigación llevada a cabo por esta Fiscalía, y ofrecieron su disposición a colaborar y entregar toda la información que se les requiriere. Con fecha 5 de noviembre del mismo año, MTG y MI presentaron un informe al infrascrito del siguiente tenor:

a) INDUSTRIFORVALTINGS AB KINNEVIK es un holding de inversiones con un capital valorado en U\$9.346.393.535, con ventas netas en 1998 por U\$6.887.900.000, dedicada a las industrias del papel, acero, automotriz,

maquinaria, telecomunicaciones, y otros rubros. En 1987 todos sus negocios de telecomunicaciones y medios se agruparon bajo la submatriz MTG AB.

b) MODERN TIMES GROUP MTG AB es una empresa con un capital valorado en U\$14.924.433.000, dedicada a las telecomunicaciones, radio, imprenta, ventas electrónicas, media, y otros rubros, y cuya filial Metro International S.A. esta a cargo de los negocios de prensa y escritos, cuya facturación consolidada es de U\$500.000.000. aprox.

c) El periódico Metro está amparado internacionalmente bajo la marca METRO, concepto de MTG que es editado en varias ciudades del mundo con este nombre, cuyo dueño es MI.

El periódico, según la informante posee las siguientes características: es parcialmente a color, en formato tabloide, con un número variable de páginas, gratuito (financiado por publicidad), distribuido por dispensadores de diseño especial, con información compacta, enteramente objetiva política y religiosamente, imparcial, sin editoriales y complementario.

En los países en que ha sido introducido no ha recibido imputaciones de atentar contra la libre competencia, según MTG, por ser un producto original y único. No existiría, según la informante, otro homogéneo. Beneficia al metro, en este caso Metro S.A. y genera externalidades positivas al incentivar la lectura, favoreciendo a los medios de distribución no gratuita.

d) Cómo se introdujo este periódico en Chile: MTG y MI ofrecieron a Metro S.A. la distribución gratuita de su diario Metro por su exclusiva cuenta, riesgo y cargo.

El contrato firmado con Metro S.A. no significa excluir, según MTG y MI, a nadie. Incluso Metro S.A. tendría la facultad de licitar al final del contrato la marca Metro y la distribución de periódicos en sus instalaciones, de manera que otros interesados pudieran participar.

Señalan MTG y MI que el suministro de un medio de información gratuito es costumbre entre grandes empresas de transporte, razón por la cual Metro S.A. había registrado la marca Metro en Chile para la clase 16 (diarios revisas etc.).

e) Respecto del contrato suscrito, señalan que con fecha 23 de Julio de 1999 se firmó entre las partes un contrato para la distribución de un periódico gratuito en la red de metro de Santiago. La edición, publicación y distribución

del periódico es derecho privativo de MTG o de la empresa a la que se le cedan los derechos sobre el periódico Metro.

Para MTG y MI el contrato sería exclusivamente de cesión de uso de la marca Metro y de entrega en arrendamiento de espacios físicos para que se distribuya el diario a los pasajeros del metro. Un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, en relación al cual MTG y MI estarían haciendo uso de sus derechos protegidos por el artículo 19 numerales 12 y 21 de la Constitución Política del Estado.

Se constituyeron en Chile las sociedades "Modern Times Group MTG AB (Chile) Limitada" y "Tiempos Modernos S.A." en atención a que el artículo 5° de la Ley de Abusos de Publicidad exige que el dueño de un periódico cuya dirección editorial esté en Chile sea chileno. La primera es una sociedad de publicidad, cuyo capital pertenece en un 99.99% a MI S.A. y en un 0.01% a MTG AB. La segunda es una sociedad de impresión que pertenece en un 86% a Impromedia S.A., y en un 14% a MI S.A..

MTG y MI cedieron a MTG CHILE y a TI derechos y obligaciones emanados del contrato referido, según consta del contrato de cesión de fecha 21 de octubre de 1999, que fue aceptado por METRO S.A..

f) En cuanto a las conductas monopólicas imputadas, señalan, primero, que respecto de la pretendida "exclusividad y exclusión" que se provocaría, el contrato entre MTG-MI y Metro S.A. prevé expresamente la posibilidad de que otras empresas distribuyan un diario de similares características al diario Metro en el metro. Estas son las cláusulas 6°, 9°, 12° y 23° letra d).

El contrato sería para la distribución de un periódico gratuito por lo que no afectaría el mercado de los periódicos pagados. Sería un producto único, sin competencia. Además no existiría privilegio alguno de distribución exclusiva al existir otros arrendatarios de espacio físico en la red de metro que distribuyen periódicos.

Los espacios del metro no son bienes nacionales de uso público, sino de propiedad o concesionados a Metro S.A., el que no habría dado exclusividad de distribución de periódicos gratuitos dentro del ferrocarril ni habría excluido a nadie de este negocio.

Segundo, en relación con la existencia dentro del metro de un mercado cautivo, señalan que no se puede pretender que por el solo uso de un medio de transporte como el metro, un pasajero de éste se transforme en "cautivo".

Una cosa es ofrecer dentro del metro un diario gratuito, pero otra muy distinta es que el usuario de este medio deba leerlo o siquiera tomarlo.

Además, el metro compite con otros medios de transporte terrestre.

No existiría tal "relación de cautiverio" al ser falso que todo pasajero deba tomar el diario Metro. Los pasajeros del metro no son pasivos y por lo general ya han hecho la elección respecto del medio por el cual se informan.

Tercero, en relación con la afirmación de la denunciante, referente a la imposibilidad de repartir o distribuir un diario gratuitamente, señala que no sólo es posible sino es frecuente, como se puede apreciar en el caso de la revista Paula que se distribuye gratuitamente con El Mercurio, El Metropolitano que en su gran mayoría se distribuye gratis, etc. Esto, porque como es sabido, el ingreso principal de estos medios de prensa proviene del aviso publicitario. Por lo tanto no es reprochable que el diario Metro se distribuya en forma gratuita.

g) Dice MTG que lo que a COPESA le interesa es que se pague por toda publicación, no que haya más alternativas de información.

h) Señalan que en Estocolmo subió la venta de los tres periódicos más vendidos tras la aparición del diario Metro y en Gotemburgo se mantuvo igual después de su aparición. Esto sucede porque el diario Metro es un producto complementario. Quienes se informan normalmente vía un periódico pagado no dejan de comprarlo por tener acceso al diario Metro. Sólo quienes no leían ningún periódico leen sólo Metro.

i) Señalan que la denunciante olvida la regla básica de las decisiones económicas: las preferencias se pagan.

j) Señalan que la denunciante invoca el artº2 letra f) del Decreto Ley N° 211 sin determinar con precisión la conducta, lo que es necesario para determinar el tipo penal y la competencia del FNE y la Comisión Resolutiva. Tal denuncia vaga, dice MTG, vulneraría el derecho de los inculpados a defenderse. Se estaría imputando una conducta en forma vaga e indeterminada.

k) Con su denuncia, COPESA pretende imponer barreras de entrada a sus competidores para mantener su poder de mercado. Sin la aparición del diario

Metro, COPESA se deshace de un competidor en la búsqueda de avisaje publicitario.

COPESA para confundir, pretende señalar que el mercado relevante es el mercado editor de periódicos, cuando lo que está realmente involucrado en la intención de COPESA es el mercado del avisaje publicitario.

Diario Metro ha funcionado en otras ciudades sin necesidad de recurrir a “poderes fácticos monopólicos” como los supuestos por COPESA en la denuncia.

El producto ofrecido por MTG no sería homogéneo ni sustituto con el resto de los periódicos de Santiago, pues mientras el primero es “gratuito y de financiamiento unilateral”, los segundos serían “pagados y de financiamiento bilateral”. El mercado del diario Metro sería el de los periódicos gratuitos distribuidos en red de metro, siendo el único punto en que coinciden el avisaje publicitario.

La denunciante alega que existe competencia en el mercado de los periódicos diarios (y que por lo tanto nadie influye ni puede influir en los precios). Esto, según MTG no sería así: COPESA, según estudios del DESUC tendría el 54% del mercado de los matutinos.

Lo que COPESA estaría intentando hacer, entonces, es levantar barreras de entrada lo que ameritaría una investigación del Fiscal respecto del mercado del avisaje publicitario.

l) Concluye MTG diciendo que un fallo en contra suya, de Metro S.A. y de MI alteraría el principio de intangibilidad de los contratos, el derecho de propiedad sobre los derechos personales emanados del contrato y el artículo 19 numerales 2, 12 y 21 de la Constitución Política del Estado.

4. Con fecha 27 de Diciembre de 1999 COPESA presentó a esta Fiscalía un informe del Sr. Claudio Sapelli titulado “Diario Metro: Análisis de las consecuencias económicas del contrato entre Metro S.A. y MTG”, al siguiente tenor:

a) El espacio del Metro es un activo “regalado” por el Estado respecto del que no se pagan intereses ni es necesario obtener rentabilidad. La empresa Metro S.A. no tiene preocupación económica por la inversión inicial, sólo debe preocuparse por obtener ganancias operacionales.

Metro S.A. tiene el monopolio natural del transporte subterráneo de pasajeros al ser el único actor y al no existir libre entrada al mercado

específico. Estaría, por medio del contrato con MTG y MI extendiendo el poder, que el mismo reconoce como de un 50% en su área de influencia, a otro mercado.

El mercado de la prensa escrita diaria es uno de aquellos en que los consumidores consumen sólo una marca, lo que excluiría, de publicarse el diario Metro, el consumo de otros diarios. Esto por la extensión del poder de mercado de Metro S.A. y un contrato de diferente naturaleza a aquel que celebra esta última empresa para la exhibición de publicidad y el arriendo de locales en la red. Estaríamos frente al traspaso de un subsidio estatal a un particular, lo que provocaría daños a la competencia.

Ofrecer servicios “después” o “antes” y “después” de los torniquetes hace que este contrato tenga una naturaleza diferente a aquel en que se arriendan locales o espacios “antes” de los torniquetes.

No es económicamente sostenible que este contrato sea igual a otros de arrendamiento de espacio porque: i) Se transan cosas más importantes que el espacio, ii) Es un contrato de diferente naturaleza a los vigentes y iii) Se trata de un producto diferente, afectando un mayor porcentaje de mercado, y con una diferente forma de determinación de precio. Al parecer a Metro S.A. le interesa subsidiar a un bien después del torniquete pues significa para sí una mayor cantidad de pasajeros, cosa que ya habría ocurrido en el caso de la empresa Au Bon Pain.

b) Primero hay que determinar si el diario Metro es un buen o mal sustituto. Suponiendo que es bueno, hay que determinar si es o no un producto subsidiado, para saber si competirá dentro o fuera de las reglas del juego. Según el autor estamos frente a un producto subsidiado, pues para Metro S.A. no es necesario generar rentas sobre sus bienes de capital, redireccionando mediante este contrato tal subsidio a una actividad distinta, sin una ley que permita tal cosa, y por lo tanto sin un beneficio social que lo justifique. Esto simplemente porque la empresa estatal tiene acceso a insumos que nunca deberá pagar. Si transfiere estos beneficios a un tercero se genera un cuadro de competencia desleal.

Existen dos formas de solucionar este problema: Primero por medio de una licitación para determinar el precio de mercado del insumo, o segundo, poniendo a disposición de todos el insumo a un precio determinado. Lo explicado respecto del arriendo de espacio físico es aplicable también a la clientela que “aporta” Metro S.A. al negocio.

La marca y la clientela, dos insumos intangibles son, según el autor, el corazón del contrato.

La transferencia de la marca "Metro" es una alianza íntima, pues es relevante el que la marca no se deprecie. Metro S.A. no sólo traspasa un insumo (el espacio) a diario Metro, sino más importante, su marca. Esto implica necesariamente injerencia en la administración de la marca, pues Metro S.A. necesita saber que no se depreciará su valor y debe evitar que se produzca el llamado fenómeno del "polizón".

Respecto de la clientela, señala que los monopolios tienen alta posibilidad de traspasar su clientela, lo que no tiene relación con que el mercado sea cautivo o no, ni con el éxito que finalmente tenga aquel al que se le traspasa la clientela. Simplemente tiene un valor el poder servirla en primera instancia.

En este sentido, el traspaso de clientela de Metro S.A. a MTG sería un componente del contrato y gozará de subsidio si Metro S.A. no cobra por el valor de tal privilegio.

Metro S.A. podría hacer esto dado su alto poder de mercado (que consiste en tener el 50% de éste donde está presente y en la imposibilidad de terceros de entrar al negocio).

Metro S.A. arrienda espacio para locales y publicidad. ¿Por qué no alegar antes? Porque o bien en este caso los precios son razonables, o bien porque Metro S.A. no es un actor significativo en esa actividad.

La gratuidad del diario Metro, ¿es un problema? ¿Es el subsidio la razón de que sea el diario Metro gratuito? Metro S.A. permite la venta a precio 0, pues se le debe pagar poco por la exclusividad. Esto beneficia a Metro S.A., pues más gente viajará por esta vía al haber un diario gratis. Pero esto justamente es lo que se quiere evitar en la Constitución, ya que el metro utilizará su poder de mercado más el capital subsidiado que administra para subsidiar otra actividad, generando competencia desleal tanto con los otros medios de prensa escrita como con los medios de transporte de superficie. Aunque se le diera la oportunidad de acceso a los otros medios de prensa a las instalaciones de Metro S.A., éstas tienen más que perder que una empresa nueva, pues tendría conflictos con sus distribuidores y bajarían sus ventas. Una empresa nueva, en cambio, no tiene nada que perder, lo que hace más fácil presumir que hay en el caso competencia desleal.

c) Respecto de las consecuencias económicas del contrato, señala que la gratuidad del diario Metro, o el hecho que tras su lanzamiento cause un daño importante a otros medios de prensa no es un problema, en tanto esto sea

consecuencia de que el nuevo producto es mejor. Pero si la ventaja del nuevo producto no deriva de sí mismo, sino de un subsidio, entonces sí hay un problema pues estaríamos frente a un caso de competencia desleal. Este subsidio puede usarlo Metro S.A. directamente o traspasarlo a un tercero, solo cuando lo otorgue a un precio menor al de mercado y el bien no esté a disposición de todos. Además tenemos que si Metro S.A. otorga exclusividad al tercero y traspasa los insumos a un precio menor al precio de mercado, entonces Metro S.A. será capitalista por tal diferencia respecto del tercero. Metro S.A. tendría incentivos para elegir esta forma de contrato, ya que le interesa que al diario le vaya bien por los beneficios directos (precio del contrato) e indirectos (mayor cantidad de pasajeros) que le genera.

d) Respecto de la naturaleza del contrato señala que dado que no sólo hay arrendamiento de espacio, sino también la cesión de una marca y el traspaso de la clientela, necesariamente hay un grado de asociación entre las partes.

Existen diferencias con los contratos que Metro S.A. ha firmado siempre que hacen pensar que este contrato es diferente naturaleza. Estas son básicamente: I) el producto es de diferente naturaleza, II) los anteriores contratos son exclusivamente de espacio, III) el porcentaje de mercado al que afectaban los anteriores contratos es menor, IV) la forma de determinar el precio es distinta y V) este contrato otorga exclusividad de acceso al estar los espacios después del torniquete.

Las condiciones que deben darse según el autor, para que la forma de asociación más efectiva sea la alianza estratégica o el joint-venture son cuando: I) el producto a desarrollar requiera un know-how en muy diversas áreas, II) sea muy costoso para una empresa desarrollar todo el know-how necesario y III) se necesite coordinación entre los diferentes tipos de know-how. Las empresas, entonces, van a estar más coordinadas y van a intercambiar más información que en una transacción de mercado. No es requisito para que estemos frente a una alianza estratégica el que los socios o partes reciban una cantidad proporcional de las ganancias y pérdidas. Son comunes los contratos en que una de las partes no quiere arriesgarse y conviene con la otra parte en que no llevará parte alguna de las pérdidas a cambio de una proporción menor en las ganancias.

Si MTG no está dispuesta a participar en otra modalidad de contrato, es que hay transferencias económicas a su favor, y el negocio depende de ellas.

e) Respecto de los efectos del contrato, señala que MTG es una empresa subsidiada que no está creciendo por méritos propios sino con una ventaja que tiene que ver con la asignación arbitraria de un regalo por parte de una empresa pública como Metro S.A., cosa que sucede de similar manera con la empresa Au Bon Pain. Además el mercado de los diarios es de aquellos en que se consume una sola marca con exclusión de las demás, por lo que el subsidio causara más daño a la libre competencia.

f) Señala como formas de asignación de contratos las siguientes:

- a. Licitación por pago al vendedor. Esto significa que gana Metro S.A., pues se transfieren todos los beneficios del monopolio al vendedor. La empresa ganadora de la licitación se queda sin las rentas monopólicas.
- b. Licitación por menor precio al consumidor. Esto significa que gana éste último, pero la empresa pública tiene pocos incentivos para usar este método. La empresa ganadora de la licitación se queda sin las rentas monopólicas.
- c. Adjudicación a una empresa que cumple con un mínimo de condiciones. El gran ganador puede ser la empresa compradora, por no saberse el precio de mercado del contrato. En este caso es posible que la empresa se quede con las rentas monopólicas. Esta es la forma de asignación que estaría usando Metro S.A.
- d. Imposición de un pago mensual a todas las empresas que quieran distribuir gratuitamente un diario en el metro. Ganan los consumidores, pues en este caso no hay privilegios y sobrevive aquel que logra desarrollar mejor el producto.

g) Señala como conclusiones las siguientes: primero, el contrato tiene los efectos negativos que intentó evitar la constitución. Segundo, Metro S.A. no sólo arrienda espacio y marca a MTG, sino que participa en el negocio al darle exclusividad y aportar la marca y la clientela. Estaríamos, según el autor, frente a una alianza estratégica. Metro S.A. estaría subsidiando la operación de MTG y MI porque piensa beneficiarse de una ventaja desleal vía los pagos que ésta le hará en el futuro y vía el incremento de pasajeros. Tercero, lo relevante para determinar si hay o no subsidio es saber si el precio que se está pagando por la clientela y la marca es el precio de mercado. Lo que pague por el espacio no es tan relevante. Y cuarto, se

entorpecería la libre competencia en el mercado de la prensa escrita diaria y del transporte de pasajeros.

## II. ANALISIS Y CONCLUSIONES

Teniendo presente los antecedentes expuestos en el cuerpo de esta presentación, el suscrito formula las siguientes consideraciones:

1. Entre los temas planteados por las partes está la discusión sobre el poder que posee Metro S.A. en el mercado del transporte de pasajeros en Santiago. Se sostiene que este eventual poder de mercado determinaría si existe o no un público cautivo para un diario distribuido en sus instalaciones. Para este Fiscal, el hecho que las empresas MTG y MI hayan pagado montos significativos por el derecho a distribuir su diario en espacios privilegiados del Metro, teniendo la alternativa de distribuirlo con costos mucho menores en los lugares habituales, dentro o fuera del Metro, es un indicador elocuente de que el contrato entre Metro S.A. y las empresas MTG Y MI fue diseñado para otorgarle una ventaja competitiva al diario "Metro", por sobre todos los diarios que se distribuyen habitualmente, sean éstos gratuitos o no. Visto de otro modo, si el contrato suscrito no le otorgara ventaja al diario "Metro", MTG y MI no estarían dispuestas a pagar un costo superior a aquel proveniente de una distribución habitual, es decir, por mano, en locales, en kioscos, etc.
2. Estando en evidencia la ventaja competitiva que adquiere el diario "Metro", al utilizar un espacio privilegiado de la red, el paso siguiente es determinar si existe un perjuicio para la competencia.  
En primer término, se puede descartar que la gratuidad del nuevo diario sea una causa o un reflejo de competencia desleal. Tal como se menciona en los antecedentes, hay numerosas publicaciones que se entregan en forma gratuita al público, siendo financiadas mediante el aviso publicitario.  
En segundo lugar, tanto Metro S.A. como MTG y MI sostienen que el nuevo diario no compite por los lectores de los diarios tradicionales y de hecho señalan que su diario estimulará la lectura, teniendo así un efecto positivo sobre la competencia. Esta Fiscalía considera que es difícil demostrar la ausencia de sustitución y más aún la existencia de complementariedad en la lectura. Sin embargo, ello no es necesario, pues tanto Metro S.A como MTG y MI reconocen que su diario compite con los medios tradicionales por el aviso

publicitario. Es suficiente que exista competencia a este nivel para demostrar que las ventajas otorgadas por Metro S.A. a MTG y MI son dañinas para otros distribuidores de diarios, pues las firmas que contratan avisaje podrían trasladar su demanda desde otros medios de prensa hacia el diario "Metro".

3. Sumado a lo anterior, existen cláusulas del contrato entre Metro S.A. y las empresas a MTG y MI que obligan a la primera a no conceder el uso de sus instalaciones para la distribución de otros diarios gratuitos salvo en condiciones y modalidades superiores o iguales a las convenidas entre los contratantes. Además, en el contrato también se especifica que, si ingresa otro distribuidor, MTG tendría el derecho a renegociar el contrato, o incluso a ponerle término dentro de seis meses contados desde la primera circulación del nuevo diario. Indudablemente, estas cláusulas son un desincentivo importante para que Metro S.A. permita el ingreso de otros distribuidores de diarios, con lo cual estarían dadas las condiciones para que el diario "Metro" mantenga su ventaja competitiva mientras perdure el contrato.
4. Esta Fiscalía considera que no resulta atendible el argumento respecto a que Metro S.A. estaría traspasando a MTG y MI el subsidio estatal que recibió al no pagar los costos de inversión de sus instalaciones, sino que ésta ha actuado en función de sus incentivos. Es decir, con el contrato suscrito buscó obtener los mayores beneficios para la empresa. No hay ningún otro antecedente permita sustentar una postura en contrario. Más aún, siguiendo el argumento de los incentivos, se puede establecer que la empresa Metro S.A. ha intentado extraer todos los beneficios que reciben las empresas MTG y MI al operar bajo las condiciones ventajosas otorgadas por ella. Si bien es positiva la preocupación de Metro S.A. por explotar eficientemente sus instalaciones, no se puede desentender de los límites establecidos por las normas de la libre competencia.
5. En resumen, Metro S.A. ha otorgado ventajas a un medio de prensa, con el consiguiente perjuicio a la competencia. Todo indica que Metro S.A. ha incurrido en esta práctica contraria a la libre competencia, no por beneficiar a un distribuidor y perjudicar a otros, sino para maximizar sus ingresos.
6. Desde un punto de vista más amplio, en la búsqueda de nuevas opciones de explotación para sus instalaciones, Metro S.A. como prestador de un servicio de utilidad pública, debe explorar todas las alternativas factibles para no

entorpecer la competencia en los mercados donde opera. Si fuese imposible salvaguardar la competencia en dichos mercados, por ejemplo, porque sólo hay espacio para que un operador haga uso de sus instalaciones, se deberá promover la competencia determinando a ese único operador mediante licitaciones. En el caso bajo análisis, se puede afirmar que sí es posible la coexistencia de varios diarios distribuidos por distintas empresas. De hecho, en los informes realizados por Metro S.A. en ningún momento se mencionan inconvenientes para la distribución de varios diarios y además la empresa reconoce que tiene plena facultad para dar acceso a otros distribuidores.

7. El elemento indicado en el punto anterior, es de suma importancia para el desarrollo competitivo de los diferentes mercados. En caso de que existan prestadores de servicios de utilidad pública en los que se puedan realizar negocios diferentes de aquél que es objeto principal de su giro, resulta fundamental que éstos negocios anexos sean entregados a terceros de manera que se privilegie la competencia, evitando así la existencia de distorsiones en estos mercados. Esto significa facilitar la existencia, no discriminatoria, de la mayor cantidad posible de actores en los diferentes mercados, evitando la exclusividad, o bien, licitando en forma transparente a un conjunto limitado de operadores. Lo anterior permite la eliminación de barreras de entrada a los mercados y la eliminación de rentas monopólicas provenientes de la calidad de prestadores de servicios de utilidad pública.

8. A mayor abundamiento, el Fiscal infrascrito cumple con expresar a esa H. Comisión que la Ley N°19.653 sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de diciembre de 1999, agregó a la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el artículo 8° bis que dispone que: "Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato".

Esta modificación legal demuestra que el propósito inequívoco del legislador es establecer como modalidad de general aplicación en la administración del Estado, incluidas las empresas públicas, los procesos de licitación como sistemas para la adjudicación a terceros de bienes o servicios, toda vez que a través de estos procedimientos concursales se garantiza plenamente la

aplicación de los principios de libre concurrencia e igualdad de acceso de los oferentes.

Los principios antes mencionados son base para el desarrollo de los mercados competitivos, por tanto, se vuelve necesario que para velar por éstos, aquellos sean aplicables, en forma general, a los concesionarios o prestadores de servicios de utilidad pública.

9. Es necesario tener presente jurisprudencia de los Organismos de defensa de la competencia, en especial, dictámenes de la H. Comisión Preventiva Central, los cuales han considerado como prácticas contrarias a la libre competencia las condiciones ventajosas otorgadas a algunos agentes en desmedro de otros.

El Dictamen N° 320 de 15 de Febrero de 1982 señala en su considerando 6° que: “ En consecuencia, no es legítimo a la luz de las disposiciones del Decreto-Ley 211 (...) otorgar un privilegio a una o más compañías aseguradoras de vehículos motorizados, por razones de disponibilidad de espacio y/o de mejores ofertas. Si no se está en condiciones de otorgar la misma posibilidad a todas las compañías interesadas, de manera de permitir el juego de la libre competencia y precaver el abuso de situaciones discriminatorias, la municipalidad deberá abstenerse de otorgar espacio a ninguna de ellas”.

Cabe señalar en que la H. Comisión Preventiva Central ha insistido en esta doctrina en los dictámenes N°298 de 25 de noviembre de 1981, N°523 de 14 de marzo de 1986, N°535 de 27 de marzo de 1986, N°927 de 25 de febrero de 1995 y N°950 de 28 de septiembre de 1995.

10. Por lo indicado en los puntos anteriores, a juicio de esta Fiscalía se deben eliminar las cláusulas estipuladas en el contrato entre Metro S.A. y las empresas MTG y MI, que otorgan condiciones ventajosas al diario “Metro”, dificultando el ingreso de otros interesados en efectuar el mismo servicio.

11. Las cláusulas de los contratos celebrados entre Metro S.A. y MTG y MI que, a juicio de este Fiscal Nacional Económico, atentan en contra de la libre competencia, según se ha descrito en el punto 3 anterior, son :

Sexta, letra (b), segundo párrafo:

*“Los montos de las retribuciones señaladas precedentemente, y que deba hacer MTG, MI o cualquiera de sus relacionadas a METRO S.A., queda sujeto a que las relacionadas sean la única editora y distribuidora del Periódico Metro dentro de la red del Metro. Si METRO S.A. permitiera el acceso a otro distribuidor a la red, METRO S.A. y las relacionadas renegociarán los montos de dicha retribución. En el evento que las partes no llegaren a un acuerdo respecto a los nuevos montos, entonces, las cantidades indicadas en la presente cláusula serán iguales al menor valor que resulte de aplicar los siguientes criterios: (i) 50% del monto actual, o (ii) los actuales montos del presente contrato, menos las retribuciones que METRO S.A. reciba del o de los demás distribuidores”.*

Duodécima, titulada “Del eventual acceso de otra empresa distribuidora de periódico gratuito”:

*“METRO S.A., durante la vigencia de este contrato, se obliga a no ceder el uso de sus instalaciones, incluida su red de estaciones para la distribución de otros diarios gratuitos, salvo en condiciones y modalidades superiores o iguales a los convenidos en el presente instrumento, considerando experiencia y know-how de varios años en distribución de diarios principalmente en redes de Metro en ciudades importantes, estándares de calidad, neutralidad de la línea editorial, cantidad de tiraje, garantías, retribuciones y compensaciones”*

Vigésima tercera, letra (d), sobre terminación anticipada del contrato:

*“Por la sola voluntad de MTG, MI o de la empresa editora y/o de la distribuidora si METRO S.A. permitiere el acceso de otro u otros distribuidores de diarios gratuitos, en la red del Metro. Esta facultad podrá ser ejercida solamente dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha en que el o los distribuidores comiencen a distribuir o circular su primera edición en la red del Metro. En tal evento, habrá lugar a la restitución proporcional, sin intereses, de la cantidad percibida por METRO S.A. en virtud de lo dispuesto en la letra a)(ii), cláusula sexta del presente instrumento, por el tiempo que faltare para la expiración de plazo de duración del presente contrato”.*

En consecuencia, esta Fiscalía concluye que las cláusulas transcritas en el punto anterior, son contrarias a la libre competencia y transgreden los artículos 1°, 2° y 6° del texto en vigor del Decreto Ley N°211, de 1973, y deben ser eliminadas de los contratos celebrados entre Metro S.A. y MTG y MI. Asimismo, para que no se repitan este tipo de conductas en el futuro, es necesario, a juicio de esta Fiscalía, que los prestadores de servicios de utilidad pública estén obligados a promover la libre competencia en los negocios que puedan realizarse por terceros, con ocasión de la concesión que posean o del servicio que presten, que no sean el objeto principal de su giro, mediante el acceso sin discriminación a la mayor cantidad posible de interesados o bien, mediante el otorgamiento del negocio a un conjunto limitado de operadores en virtud de un proceso de licitación transparente.

### **POR TANTO,**

De conformidad con los antecedentes y argumentos expuestos y del tenor de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 6°; 17° letra a) N° 1 y 2, y letra b); 18° y 27° del texto vigente de Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija las normas para la defensa de la competencia en las actividades económicas,

**RUEGO A ESA H. COMISION RESOLUTIVA**, se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento en contra de “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, representada por su Gerente General don Rodrigo Azócar Hidalgo, ambos domiciliados en Avda. Libertador Bernardo O’Higgins n°1414, Santiago; “Modern Times Group MTG AB” y “Metro International S.A.”, ambas representadas por don Fernando Jamarne Banduc, todos domiciliados en Amunátegui N° 227, piso 3°, Santiago; y en contra de “Modern Times Group MTG AB (Chile) Limitada”, y “Tiempos Modernos S.A.”, en sus calidades de cesionarias del contrato materia del presente requerimiento, ambas representadas también por don Fernando Jamarne Banduc, todos domiciliados en Monjitas N° 392, piso 15, Santiago; y en definitiva acogerlo en todas sus partes, declarando que las cláusulas objetadas en el cuerpo de este escrito, contenidas en el contrato celebrado entre “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” y “Modern Times Group MTG AB” y “Metro International S.A.”, son contrarias a la libre competencia y transgreden los artículos 1°, 2° y 6° del citado cuerpo legal, y acceder a las siguientes medidas, de conformidad a las atribuciones que le confiere el artículo 17, letra a) número 1 del mismo texto legal:

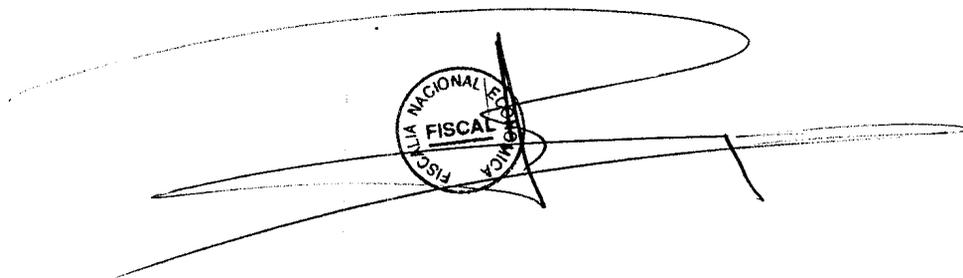
1°.- Dejar sin efecto las cláusulas sexta letra (b), segundo párrafo, cláusula duodécima, y cláusula vigésimo tercera letra (d), del contrato suscrito entre Metro S.A., MTG y MI, para así permitir el acceso a la red de Metro S.A., sin condiciones discriminatorias, a otros interesados en distribuir periódicos;

2°.- Dictar, en virtud de la facultad que le otorga el mismo cuerpo legal en su artículo 17 letra b), una instrucción de carácter general en el sentido que los prestadores de servicios de utilidad pública estarán obligados a promover la libre competencia en los negocios que puedan realizarse por terceros con ocasión de la concesión que posean, o del servicio que presten, que no sean el objeto principal de su giro, mediante el acceso sin discriminación a la mayor cantidad posible de interesados o bien, mediante el otorgamiento del negocio a un conjunto limitado de operadores en virtud de un proceso de licitación transparente;

3°.- Cualquiera otra medida que esa H. COMISION estime procedente, de acuerdo con los antecedentes que se reúnan en el transcurso de este procedimiento, en conformidad con las atribuciones que a ese H. Tribunal le son conferidas en el artículo 17 del texto vigente del Decreto Ley N° 211, de 1973.

**PRIMER OTROSI:** RUEGO A LA H. COMISION tener por acompañado el expediente de investigación Rol N° 226-99 de la Fiscalía Nacional Económica, que consta de un cuaderno principal y de tres cuadernos de documentos, dos de ellos en carácter de reservados.

**SEGUNDO OTROSI:** RUEGO A LA H. COMISION decretar la reserva de los documentos agregados por las partes con carácter de confidenciales y que se encuentran acompañados en los dos cuadernos de documentos, signados con los números 1 y 3.

A circular stamp from the Fiscalía Nacional Económica is centered on the page. The stamp contains the text "FISCALIA NACIONAL ECONOMICA" around the perimeter and "FISCAL" in the center. A large, stylized signature in black ink is written over the stamp and extends horizontally across the page.