

ANT.: Denuncia de particular en
contra VTR por abuso de
posición dominante. Rol N°
2380-16 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 25 MAY 2016

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de febrero de 2016, ingresó a esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”) la denuncia de un particular en contra VTR Comunicaciones SpA (en adelante, “VTR”), dando cuenta de un supuesto abuso de posición dominante. Según la denuncia, VTR habría puesto término de modo unilateral a un contrato de distribución y exhibición de materiales televisivos (en adelante, “el Contrato”) que tal empresa mantenía con Televisión Interactiva S.A. y Filmocentro Televisión S.A. (en adelante ambas, “TVI”), en virtud del cual se transmitían las señales ViaX, Zona Latina, ARTV y Via X HD¹.
2. Señala la denuncia que VTR invocó una de las causales de término establecidas en el contrato de modo injustificado y arbitrario. Según esta

¹ ViaX y ViaX HD son canales de entretenimiento e interés general, enfocada al público joven, que cuentan con programas en formatos de conversación, música, humor e información. En su señal HD el contenido de música aumenta ya que se incorporan conciertos, recitales, video clips y otros.

Zona Latina es un canal de entretenimiento, enfocado a la familia y especialmente a las audiencias femeninas. Desarrolla programas en formatos de conversación, estilos de vida, relaciones de pareja, cocina y música.

ARTV es un canal de arte y cultura, de corte familiar y orientado a un público general.

causal, cualquiera de las empresas tenía la facultad de poner fin al contrato, [REDACTED] No obstante, el denunciante indica que tal hipótesis estaba prevista únicamente para los casos en que hayan existido cambios en la calidad o aceptación de las señales, lo que no ocurriría en este caso². [REDACTED]
[REDACTED]

3. Agrega que VTR es la compañía de televisión de pago que cuenta con mayor cantidad de suscriptores en el territorio nacional, resultando clara su posición de dominio en el mercado. En este sentido, la denuncia afirma que TVI tendría una importante dependencia económica de VTR.
4. Finalmente señala la denuncia que las señales que reemplazarían a ViaX, Zona Latina y ARTV serían Sundance Channel, Paramount Channel y NatGeo Wild, lo que en la práctica implicaría, a su juicio, que VTR no estaría agregando nuevas señales a su grilla, sino más bien repitiendo aquellas que ya transmite en HD (alta definición), pero ahora en formato SD (definición estándar).

II. MERCADO DE LA TELEVISIÓN DE PAGO Y MERCADO DE ADQUISICIÓN DE CONTENIDO.

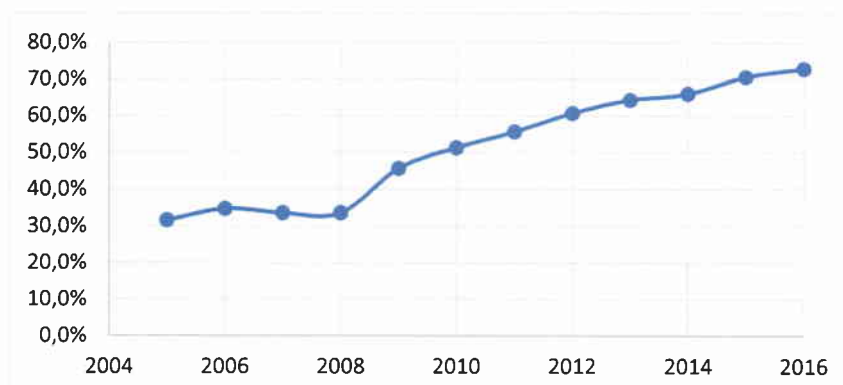
5. Existen dos mercados estrechamente relacionados en lo que incidiría la conducta supuestamente anticompetitiva ejecutada por VTR. El primero de ellos es el de la televisión pagada, *“entendiéndose por tal el producto que distribuye señales nacionales e internacionales de televisión, adicionales a las que ofrece la televisión abierta, por cable, por medio de satélite u otra*

[REDACTED]

tecnología, recibiendo como contraprestación a este servicio un pago mensual que realizan sus consumidores”³.

6. Por su parte, es posible identificar el mercado de provisión de contenidos, en el cual se generan canales de televisión de diversas temáticas, sean o no de libre recepción, nacionales e internacionales, que son adquiridos por empresas de televisión de pago para ser difundidos entre sus abonados.
7. Ambos segmentos fueron analizados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”) en su Resolución N° 1, de 25 de octubre de 2004, dictada en el contexto de la fusión entre Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A. (en adelante, “la Resolución N° 1”), actual VTR.
8. Tal como adelantara el TDLC en esta Resolución, el mercado de la televisión de pago ha evolucionado sostenidamente la última década⁴. En efecto, la tasa de penetración de la televisión de pago ha aumentado desde un 31% el año 2005 a más de un 70% para el año 2015, como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Tasa de Penetración de TV de Pago en los Hogares, 2005-2015, Chile



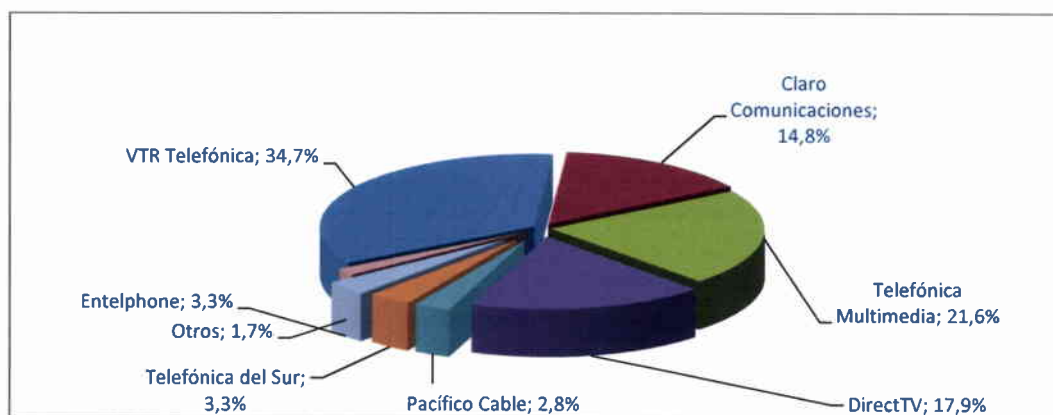
Fuente: Expediente Rol N° 2380-16.

³ Resolución N° 1 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 25 fecha de octubre de 2004.

⁴ Señaló el TDLC que: “Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo, el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones. Incluso en el caso de que así no fuese, y sólo la TV pagada por cable fuese factible económicamente para proveer este servicio, es altamente probable que en las zonas más atractivas, en que hoy coexisten los servicios de las consultantes, pudiera entrar un competidor con igual tecnología, dado que las economías de escala no parecen tan relevantes”, página 49.

9. Por su parte, las participaciones de mercado también han variado considerablemente. Al momento de dictarse la Resolución N° 1, la empresa fusionada, la actual VTR, pasó a controlar casi el 100% del mercado de la televisión de pago, existiendo otras empresas con participaciones marginales⁵. Actualmente, si bien continúa siendo la mayor operadora del país, VTR ha visto disminuir su participación hasta un 35% a fines del año 2015, según se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 2: Suscriptores de TV de Pago a diciembre de 2015



Fuente: SUBTEL, abril 2016.

10. Adicionalmente y tomando en cuenta la información pública disponible en SUBTEL, es posible observar que para el período 2014/2015 la industria creció un 4,3%, mientras que VTR solo aumentó su participación en un 1,3%, lo que revela la existencia de otros operadores, como, por ejemplo, DirecTV, Claro y Movistar, que han aumentado su participación de mercado en los últimos años. Este crecimiento en la industria se refleja también en un mayor porcentaje de televisores en funcionamiento, tanto en televisión abierta como de pago, lo cual se tradujo, en el 2015, en un récord para ésta última, con una hora y 26 minutos de consumo de programación per cápita⁶.
11. Dichos crecimientos a nivel local no se condicen con la experiencia actual en Estados Unidos, en donde las suscripciones a la televisión de pago han

⁵ Resolución N° 1, página 36.

⁶ Información obtenida de estudios acompañados al expediente Rol N° 2380-16.

disminuido un 10%, estimándose que para el 2018 un 21% de los hogares de ese país no estaría pagando ningún servicio de este tipo⁷, favoreciendo netamente plataformas de *streaming*. Esta situación releva la competencia potencial que podrían enfrentar los operadores de televisión de pago locales mediante operadores como Netflix, iTunes y las plataformas tipo VOD (“*Video on Demand*”) de las empresas.

12. En cuanto a la provisión de contenidos, es posible identificar la existencia de una serie de proveedores de diversas señales, tanto nacionales como internacionales, referidas a diversas temáticas, tales como cine, entretenimiento, infantil, deporte y cultura. Para efectos de graficar la cantidad de señales que pueden existir, VTR ofrece a sus usuarios un máximo de alrededor de 153 canales en su grilla programática. Es en este mercado en el que participa la empresa TVI, generando las señales ViaX, Zona Latina, ARTV y Via X HD.
13. En cuanto a las preferencias, un 70% de las audiencias privilegiaría las categorías cine e infantil, seguidos por un 8% de deportes, existiendo una reducción en el consumo de canales de música y de noticias durante los últimos años⁸.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

14. En el contexto del artículo 41 del DL 211 y de acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que pudieren restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del mismo cuerpo legal.
15. En primer lugar, resulta útil destacar que desde el punto de vista de la libre no puede estimarse que exista un “congelamiento” de la oferta programática de

⁷ “*Cord-Cutting Is Accelerating*”, The Wall Street Journal, de 10 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.wsj.com/articles/cord-cutting-is-accelerating-1449745201>. Última visita, 12 de mayo de 2016.

⁸ Información contenida un estudio de mercado acompañado en respuesta de fecha 1 de abril de 2016 a Ord. 0532 FNE.

VTR o una obligación de *must carry* de cualquier canal temático⁹. Asimismo, como ha sido pacíficamente aceptado en doctrina y jurisprudencia, la obligación de contratación o *duty to deal* es extraordinaria en el Derecho de la Competencia¹⁰, por lo que ella debiese ser más menos excepcional en nuestro ordenamiento jurídico.

16. En este sentido, el TDLC ha resuelto que para configurar un ilícito anticompetitivo de negativa de venta¹¹ es necesaria la existencia de un insumo esencial para competir y la falta de “*una justificación económica razonable u otro propósito distinto de excluir a un competidor que participa en un segmento del mercado*”.¹² Ostentando un insumo o canal esencial para competir y careciendo de una justificación objetiva para negar su suministro, resulta obligatorio para una empresa con posición de dominio contratar con otros agentes.
17. Pues bien, efectuadas las indagaciones, esta División pudo identificar que VTR esgrime una serie de razones objetivas para justificar su decisión de poner fin al Contrato, entre ellas, las alzas sostenidas en costos de programación¹³; el continuo esfuerzo en la mejora de contenidos; deterioro de las señales de TVI; y, cambios en las preferencias de los consumidores.

⁹ Resolución de archivo Rol N° 869-07, “Denuncia de RGB Producciones Digitales Ltda. contra VTR Banda Ancha S.A.”, de 24 de septiembre de 2007. Disponible en www.fne.cl

¹⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que en ausencia de cualquier propósito de crear o mantener un monopolio, una empresa puede libremente ejercitar su propia discreción en cuanto a las partes con las cuales contratará. *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429, 100 S.Ct. 2271 (1980). Asimismo, se ha señalado que: “*The antitrust law requiring a dominant firm to deal with its rival must be regarded as a severe exception to the general, and quite competitive rule, that firm should develop their own inputs and expertise and conduct their own innovation*”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. Editorial Thomson West, tercera edición. Página 299.

¹¹ Entendiendo por tal tanto la negativa de contratación como el término de una relación comercial existente.

¹² Sentencia N° 124, de 9 de agosto de 2012, dictada en autos caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.”, considerando vigésimo tercero.

¹³ En cuanto al costo de programación de los canales objeto de la denuncia, según la información aportada por VTR, éste fluctuaría entre ██████ \$CLP/abonado por canal. Existirían, a juicio de VTR, otras señales equivalentes –nacionales y latinas– a un costo muy inferior o derechamente gratis. Los canales de TVI, según otros operadores de televisión de pago, no serían de los más relevantes y no generarían una diferencia competitiva relevante, por cuanto el crecimiento actual estaría en los canales HD y contenidos *premium*.

18. Así por ejemplo, según informa VTR, la tasa de aceptación de aceptación de las señales de VTI, medida a través de su *rating*, cae en el caso de los canales Zona Latina y ViaX¹⁴ y aumenta para ARTV cuando se realizan comparaciones con el desempeño mostrado entre los años 2010 y 2015.

Tabla 1: *Rating* canales TVI años 2010, 2013 y 2015

Periodo	ARTV		Via X		Zona Latina	
	% Rating	% Share	% Rating	% Share	% Rating	% Share
2010	0,0130	0,1958	0,0910	1,3694	0,1220	1,8360
2013	0,0159	0,2146	0,0612	0,8262	0,1156	1,5614
2015	0,0186	0,2344	0,0493	0,6225	0,0982	1,2399

Fuente: Expediente Rol 2380-16

19. Sucedería algo similar en términos de *share*¹⁵, donde las señales de ViaX y Zona Latina habrían disminuido más de un 20% entre los años 2013 y 2015. Adicionalmente, Zona Latina, por su posición en la grilla luego de los canales de televisión abierta, sería el canal que tiene mayor herencia desde estos últimos¹⁶ (58%) por efectos de *zapping* (gente que se cambia de un canal a otro). Sin embargo, en términos promedio, solo 1 de cada 10 usuarios permanecería en el canal¹⁷.
20. Lo anterior resulta relevante considerando lo señalado por otros actores¹⁸, en el sentido que las variables a considerar al momento de incluir canales en la programación son la calidad de los contenidos, el *rating* que posean y la diferencia que puedan aportar respecto de las señales existentes. Ello, sujeto a restricciones técnicas y de inversión necesarias para esta inclusión¹⁹. Este es

¹⁴ Sin información disponible en los años 2010 y 2013 para el canal Via X HD.

¹⁵ *Rating* se define como la audiencia media de la señal en análisis, mientras que *share* corresponde a la participación de audiencias que la señal logra en el *Encendido Total de la TV de Pago*, entendiéndose por tal, el porcentaje promedio diario de personas que sintonizan alguna señal de televisión de pago en el periodo analizado.

¹⁶ Información disponible en expediente Rol N° 2380-16 FNE.

¹⁷ Información contenida un estudio de mercado acompañado en respuesta de fecha 1 de abril de 2016 a Ord. 0532 FNE.

¹⁸ Declaraciones de fecha 24 de marzo y 7 de abril, ambos de 2016.

¹⁹ En este sentido resolución de archivo Rol N° 869-07, "Denuncia de RGB Producciones Digitales Ltda. contra VTR Banda Ancha S.A.", de 6 de septiembre de 2007, resolución de archivo Rol N° 1356-08, "Denuncia del sr. Jorge Correa R. contra VTR Banda Ancha", de 29 de enero de 2009 y

el mismo análisis que se efectúa cuando se decide la salida de una señal de la grilla programática.

21. TVI cuestiona cada una de las razones esgrimidas por VTR, entregando su percepción respecto de cada uno de los puntos. Sin perjuicio finalmente de la correcta interpretación de los datos referidos al desempeño de los canales de TVI y de los otros factores considerados, el hecho que exista controversia a su respecto, en esta oportunidad particular, es un antecedente que revela que no es posible afirmar *prima facie* que VTR se haya negado, de modo injustificado, a seguir comprando las señales de TVI para ser transmitidas en su parrilla programática.
22. Apoya la conclusión anterior el hecho que, según ha podido constatar esta División, VTR habría mostrado intenciones de mantener en su parrilla aquellas señales que, en su apreciación, podrían ser mayormente atractivas, como lo son VíaX HD y ARTV, lo que habría sido finalmente rechazado por TVI²⁰.
23. A mayor abundamiento, esta División procedió a analizar la eventual existencia de incentivos económicos, desde el punto de vista de la libre competencia, que podría tener la empresa denunciada para excluir a TVI²¹. Al respecto, VTR no competiría, al menos directamente, con TVI en el mismo mercado relevante, sino más bien con otros operadores de televisión de pago en la retransmisión de canales de diversa índole, como lo son Movistar, Claro y GTD. En este sentido, no se observaría una intención anticompetitiva clara por parte de VTR al poner

resolución de archivo Rol N° 1313-08, "Presentación de VTR Banda Ancha S.A.", de 19 de noviembre de 2008. Disponibles en www.fne.cl.

²⁰ Declaraciones de 29 de febrero y 2 de marzo, ambas de 2016.

²¹ En un caso similar, el TDLC tuvo la oportunidad de señalar, respecto de una empresa que dio por terminado un contrato, que "*no existen antecedentes en autos que permitan concluir que la CCS haya tenido la intención real de excluir a SIIISA del mercado de los burós*" y, que adicionalmente, "*no observa que existan incentivos económicos evidentes para que la CCS excluya a SIIISA del mercado*" Sentencia N° 124, de 9 de agosto de 2012, dictada en autos caratulados "Requerimiento de la FNE en contra de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.", considerando trigésimo y trigésimo quinto respectivamente.

término al Contrato, considerando particularmente las condiciones de mercado ya descritas *supra*²².

24. Finalmente, se ha podido identificar que los canales de TVI no solo están presentes en la programación de VTR, sino también en otros operadores, según se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 2: Canales de TVI según operador de televisión de pago

Operador	N°	Señales
Claro	5	Via X, Zona Latina y Via X HD
Movistar	2	Via X y Zona Latina
CablePacífico	2	Via X y Zona Latina
BioCable del Sur	2	Via X y Zona Latina
TV Cable de Chile	2	Via X y Zona Latina
GTD	3	Via X, Zona Latina y ARTV

Fuente: Elaboración propia según respuesta de empresas.

25. Respecto a este punto, es posible observar que VTR representa menos que su participación de mercado como porcentaje de ingresos del grupo TVI, no observándose, adicionalmente, la existencia de algún activo específico importantes que den cuenta de alguna situación de *hold-up*²³.
26. Por tanto, esta División estima, de la información preliminar tenida a la vista, que no se observan antecedentes que permitan inferir que VTR ha puesto fin al Contrato de modo injustificado desde el punto de la vista de la libre competencia. Ello sin perjuicio que la actuación de VTR pueda dar lugar, eventualmente, a responsabilidad contractual, asunto que escapa

²² En efecto, respecto de la negativa de contratación, hipótesis que se configuraría en esta ocasión, “[m]ost of the cases have concerned vertically integrated undertakings dominant in an upstream market refusing to supply competitor in the downstream market. This is the only refusal to supply scenario that is dealt with in the Guidance Paper [Guidance on Article 102 Enforcement Priorities]”. JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*. Editorial Oxford, quinta edición, Página 510. En el mismo sentido WHISH, Richard. *Competition Law*. Editorial Oxford, quinta edición, página 739.

²³ Se ha señalado que: “if a customer has made specific investment to use an input supplied by the dominant supplier, this might lead to the conclusion that the input has become indispensable”. WHISH, Richard. Op. Cit. Página 739.

completamente a las competencias de esta repartición y que debe ser resuelto por la autoridad competente²⁴.

27. El análisis anterior se encuentra en completa armonía con la Resolución N° 1 del TDLC. En efecto, este pronunciamiento estableció una serie de condiciones que deben ser cumplidas por la actual VTR en el mercado de la televisión de pago. Particularmente, la condición quinta prohibió *“a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado”*. Según las razones esgrimidas en esta minuta, no se observa que VTR, en este caso particular, haya incumplido esta condición.

IV. CONCLUSIÓN

28. Por todo lo expuesto y considerando que no se vislumbra la existencia de un interés público comprometido, esta División estima que no se justifica en este caso particular realizar mayores diligencias investigativas, por lo que se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de esta denuncia.

Saluda atentamente a usted,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISION DE ABUSOS UNILATERALES (S)


EAV

²⁴ A este respecto, existe actualmente un juicio arbitral entre TVI y VTR por un supuesto incumplimiento contractual.