

EN LO PRINCIPAL: Interpone requerimiento en contra de The Walt Disney Company y otra. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Designa receptores judiciales. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”), ambos domiciliados para estos efectos en Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “H. Tribunal” o “TDLC”) respetuosamente digo:

De conformidad con los artículos 1°, 2°, 3° bis, 18 y siguientes, 26 y 39 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, “DL 211”) y fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que se expondrán a continuación, interpongo requerimiento en contra de **The Walt Disney Company** y **TWDC Enterprises 18 Corp.** (en adelante, “Disney Matriz” y “TWDC”, respectivamente, y en conjunto, las “Requeridas”), el que, para efectos del artículo 21 del DL 211, se notificará a The Walt Disney Company (Chile) S.A., representada por, al menos, dos de las siguientes personas: Daniel Steinmetz Reyes, Santiago Giribone, Rodrigo Bastidas Araya, María Eugenia Ricardes y Juan Verges Barzi, ejecutivos, y todos domiciliados para estos efectos en Av. Andrés Bello N° 2777, piso 25, comuna de Las Condes, Santiago.

Las Requeridas infringieron el artículo 3° bis del DL 211. Según se detallará, TWDC contravino su literal e) al notificar una operación de concentración con Twenty-First Century Fox, Inc. (en adelante, “21CF” y, en conjunto con TWDC, las “Notificantes”) entregando información falsa, en tanto que Disney Matriz infringió su literal c) al incumplir una de las medidas con que se aprobó la referida operación de concentración de conformidad al Título IV del DL 211¹. Ambas infracciones emanan directamente del procedimiento de control de operación de concentración consistente en la adquisición por parte del Grupo Disney de todas las acciones de 21CF (en adelante, la “Operación”).

En razón de los antecedentes fácticos y jurídicos que expongo a continuación, solicito al H. Tribunal declarar que las Requeridas infringieron las referidas disposiciones y condenarlas en los términos indicados en el petitorio de esta presentación.

¹ Durante el procedimiento de control de operación de concentración una de las notificantes fue la sociedad -entonces denominada- The Walt Disney Company, matriz del Grupo Disney (esto es, el conjunto de sociedades relacionadas y pertenecientes al mismo grupo económico que las Requeridas). Esta sociedad, luego de la operación de concentración, pasó a denominarse TWDC Enterprises 18 Corp. A su vez, la referida operación de concentración implicó la creación de una nueva sociedad matriz del grupo Disney, la que, tras la aprobación, sufrió la modificación de su razón social a The Walt Disney Company, pasando TWDC Enterprises 18 Corp. a ser filial de ésta. En base a lo señalado, la sociedad que entregó información falsa al notificar la operación de concentración es la actual TWDC Enterprises 18 Corp y, en cambio, la sociedad obligada a dar cumplimiento a las medidas que surgieron de la operación de concentración es la actual matriz del grupo, es decir, The Walt Disney Company.

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

i. Cuestión previa: Notificación de una operación de concentración ante la FNE

1. De acuerdo a lo establecido en los artículos 47 y 48 del DL 211, las operaciones de concentración que cumplan con los requisitos ahí señalados deberán ser notificadas a la FNE, acompañando los antecedentes exigidos por el DL 211 y el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración (en adelante, el “Reglamento”²). Sin perjuicio de aquello, de acuerdo al Reglamento³, las partes de la operación de concentración pueden solicitar, de manera previa a la notificación, que se les exima de acompañar determinados antecedentes cuando no se encuentren razonablemente disponibles para éstas, o bien la información no resulte necesaria, relevante o atingente para el análisis de la operación – en una instancia informal y voluntaria que se conoce como “pre notificación”.

2. A la luz del artículo 50 del DL 211, una vez notificada una operación, la FNE evaluará si aquella está completa, esto es, si cumple con todos los antecedentes exigidos por la ley y el Reglamento, considerando, en caso de existir, las solicitudes de exención presentadas. Si la notificación está completa, se iniciará la investigación. En caso que las partes no cumplan con acompañar todos los antecedentes exigidos por la ley y el Reglamento, o no se dé lugar por la FNE a

² Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que Aprueba Reglamento de fecha 1° de marzo de 2017, sobre la Notificación de una Operación de Concentración, publicado en el Diario Oficial el día 1° de junio de 2017.

³ En el artículo 3° u 8°, según se trate del mecanismo de notificación ordinaria o simplificada, respectivamente.

todo o parte de la solicitud de exención, se declarará incompleta la notificación, contando las notificantes con 10 días para subsanar los errores u omisiones de la misma.

3. Si las partes subsanan los errores u omisiones de la notificación, presentarán un complemento de ella, que será evaluado por la FNE en conjunto con los antecedentes de la notificación. En caso que nuevamente se incurra en errores u omisiones, la FNE declarará nuevamente incompleta la notificación y las partes podrán acompañar un nuevo complemento. Si las partes no subsanan sus errores u omisiones dentro del plazo de 10 días, se tendrá por no presentada la notificación. En tanto que, si los errores u omisiones son subsanados dentro de plazo, se considerará como una nueva notificación en los términos que indica el inciso final del artículo 50 del DL 211.

4. El procedimiento descrito tiene una naturaleza esencialmente colaborativa⁴. Ello se configura tanto en la existencia de una instancia de pre notificación⁵, que permite a futuros notificantes acercarse a la FNE de manera previa a la notificación para resolver dudas atinentes a la información que se exige acompañar, como en los diversos derechos que les asisten a las partes notificantes dentro de la investigación⁶. Como contrapartida, la ley y el Reglamento imponen a las partes el

⁴ Un comportamiento colaborativo implica actuaciones de buena fe. La buena fe respecto de deberes legales implica "realizar, no sólo las obras especificadas en ellas, sino todas aquellas, complementarias o accesorias o no, que sean necesarias para conseguir el fin perseguido" González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, p. 101. En el mismo sentido y asociado a deberes constituidos por la ley, ver Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 158.

⁵ Contemplada tanto en el Formulario de Notificación Ordinario como en el Simplificado de la FNE.

⁶ Tales como derecho a ser oído, a proponer diligencias de investigación, a ofrecer medidas de mitigación y a que se le suministre información respecto del curso de la investigación y de los riesgos

deber de aportar una serie de antecedentes para que esta Fiscalía efectúe un análisis de la operación y adopte, en un breve plazo, una decisión fundada. Por lo tanto, tras una resolución de incompletitud, en ausencia de nuevos elementos que demuestren la existencia de información adicional, y ratificando las Notificantes que entregaron toda información requerida, la FNE no puede sino confiar en la declaración de éstas, declarando completa la notificación e iniciando la investigación respectiva.

5. Asimismo, como señalamos, el procedimiento se caracteriza por la celeridad, contemplándose una serie de etapas sujetas a plazos legales en las cuales la FNE debe adoptar decisiones relevantes. En este sentido, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de inicio de la investigación, la FNE debe aprobar la operación de forma pura y simple o sujeta a condiciones, o bien, extender la investigación hasta por un plazo máximo de 90 días, al término de la cual se debe aprobar la operación en las formas ya indicadas o prohibirla (artículos 54 y 57 del DL 211). En el evento que esos plazos transcurran sin que esas decisiones sean adoptadas, opera el silencio positivo y se entenderá que la FNE ha aprobado la operación.

6. Ante exiguos plazos de decisión, que permiten dar certeza a las partes de si su operación proyectada resulta o no apta para reducir sustancialmente la competencia, el régimen establece como contrapartida que las partes notificantes deben proveer a la FNE, en tiempo y forma, la información suficiente para evaluar el impacto competitivo de la misma en el mercado. Tal como sostuvo el Ministerio de Economía, en la etapa de configuración del régimen “(...) *teniendo en*

aparejados a la misma, antes de adoptarse las decisiones contempladas en los artículos 54 y 57 del DL 211. Artículo 53 DL 211.

consideración estos plazos, es esencial que la FNE reciba, a su debido tiempo, la información necesaria para realizar la investigación y evaluar el impacto de la operación en los mercados, tal como lo exige la ley, permitiendo así resolver la mayoría de las operaciones notificadas en primera fase, como es la regla general en varias otras jurisdicciones extranjeras”⁷.

7. Sin embargo, y a diferencia de muchos de los regímenes comparados de control de operaciones de concentración en los que se inspiró el sistema local – como el de la Unión Europea, por ejemplo – en los que la autoridad está facultada para suspender unilateralmente los plazos de revisión cuando requiere información adicional y mientras pende su entrega por las partes⁸, el DL 211 no contempla dicha posibilidad. En caso que la FNE requiera, durante la investigación, mayores antecedentes de los acompañados por las partes notificantes en la notificación, la Fiscalía debe solicitarlos mientras transcurren los plazos de revisión.

8. En definitiva, resulta evidente que la particular configuración del régimen chileno, torna indispensable que la información proporcionada por los notificantes

⁷ Ministerio de Economía, Respuestas a Comentarios Consulta Pública del Reglamento, 2016, p.1 y 2. Disponible en:

<http://www.participacionciudadana.economia.gob.cl/sites/default/files/Respuesta%20Comentarios%20Consulta%20P%C3%BAblica.pdf>.

⁸ “Si las partes notificantes no proveen una pieza importante de información que la Comisión les haya solicitado, el plazo puede ser paralizado hasta que la información faltante sea aportada”. Traducción libre: European Commission, Merger control procedures, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/merger_control_procedures_en.pdf.

deba ser completa y verídica desde el inicio⁹, y que la FNE cuente con la cooperación de los notificantes en los diversos requerimientos de información¹⁰.

9. Indicativo de la importancia de esas entregas de información es que el artículo 48 inciso 5º del DL 211 establece la necesidad que la notificación deba venir acompañada de una serie de antecedentes con el fin de proceder a la evaluación preliminar de los riesgos que la operación pudiera significar para la libre competencia. La necesidad de esta información se justifica, como vimos, en la celeridad del procedimiento y en la necesidad de adoptar decisiones sobre el curso a seguir en una etapa inicial del mismo

10. En particular, los documentos internos de las notificantes (como aquellos sobre los que recae la imputación de entrega de información falsa que se formula en este Requerimiento) son un elemento central del análisis de operaciones de concentración que efectúa la FNE, al ser ilustrativos para el estudio de los mercados y su dinámica competitiva, del comportamiento de los actores que operan en los mismos y, especialmente, de la cercanía competitiva de las partes notificantes – lo cual es consistente con la tendencia de autoridades de competencia comparadas¹¹.

⁹ Historia de la Ley N° 20.945, donde se señaló por el entonces Fiscal Nacional Económico, don Felipe Irrarázaval, que “*la certeza y rapidez son las claves*” de este procedimiento. Primer Informe de la Comisión de Economía, Boletín N° 9950-03.

¹⁰ A modo de ejemplo, el DL 211 contempla en su artículo 58 inc. 3º el abandono de la notificación “(...) *cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico, o cuando en dos o más ocasiones él o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado de conformidad a la ley*”.

¹¹ Comisión Europea, Caso 7932, Dow/DuPont, 2004 y Competition and Markets Authority, Reino Unido, *Illumina, Inc. / Pacific Biosciences of California*, 2019.

ii. Antecedentes de la Operación

11. Con fecha 31 de agosto de 2018, TWDC y 21CF notificaron la Operación a la FNE, dando origen a la Investigación Rol FNE F155-2018.

12. Las Notificantes desarrollaban actividades en una serie de mercados en Chile. Sin embargo, los principales efectos en la competencia producidos a partir de la Operación tenían lugar en el mercado de licenciamiento mayorista de canales de televisión de pago, como consecuencia de un aumento en el poder de negociación de la entidad concentrada¹².

13. Con el objetivo de mitigar los riesgos competitivos que la FNE identificó a partir de la Operación, las Notificantes ofrecieron medidas de mitigación en 7 oportunidades¹³. En presentación de fecha 15 de marzo de 2019, las partes ofrecieron y la FNE aceptó las medidas definitivas a las que se sujetó la aprobación de la Operación. Éstas buscaban fundamentalmente: (i) evitar la venta paquetizada y atada de los canales de Disney con los canales de 21CF¹⁴; (ii) evitar la paquetización técnica de contenidos deportivos; (iii) ofrecer una instancia arbitral como mecanismo de solución de controversias ante discrepancias acaecidas en la negociación de contratos para el licenciamiento de canales y ante eventuales

¹² Informe de Aprobación de la Adquisición de 21CF por parte de Disney, Rol FNE F155-2018, del 19 de marzo de 2019 (en adelante, "Informe de Aprobación"), p. 1.

¹³ De acuerdo al Informe de Aprobación, las fechas de esas solicitudes fueron: 28 de diciembre de 2018, 31 de enero de 2019, 13 de febrero de 2019, 22 de febrero de 2019, 28 de febrero de 2019, 12 de marzo de 2019, y 15 de marzo de 2019.

¹⁴ De acuerdo a las definiciones 1.4 y 1.6 de presentación de fecha 15 de marzo de 2019 del Anexo Informe de Aprobación.

deterioros sustanciales en su calidad; y, (iv) sujetar los canales A&E¹⁵ a dichos compromisos, en el caso en que éstos pasaren a ser controlados o comercializados por el Grupo Disney, o en el caso que su venta fuera condicionada de cualquier forma a la venta de los contenidos de esta última. Asimismo, se comprometieron a ejecutar diversas acciones destinadas a la necesaria publicidad de estas medidas¹⁶.

14. La FNE consideró que estas medidas solucionaban de forma idónea, efectiva, suficiente y proporcional los riesgos a la competencia generados por la Operación y, además, que eran factibles de implementar y de fiscalizar. Como consecuencia, el 19 de marzo de 2019, esta Fiscalía aprobó la Operación, sujeta a la condición de que se diera cumplimiento a las medidas de mitigación ofrecidas por las Notificantes y aceptadas por la FNE¹⁷. Lo anterior era indispensable porque sólo de esa forma la Operación no resultaba apta para reducir sustancialmente la competencia en el mercado, que es el estándar de análisis y convicción que establecen los artículos 54 y 57, literales c), del DL 211.

II. HECHOS QUE MOTIVAN EL REQUERIMIENTO

15. El 10 de julio de 2019, la FNE inició la investigación Rol F205-2019 con el objeto de fiscalizar el cumplimiento de las medidas de mitigación contenidas en el Informe de Aprobación de la Operación. Asimismo, el 15 de octubre de 2019, la FNE inició la investigación Rol N° FNE 2586-2019 con el objeto de determinar si TWDC había incurrido en la conducta sancionada en el artículo 3 bis letra e) del DL 211 en

¹⁵ Esto último se debe a que Disney cuenta con participación en A+E Television Networks, LLC. cuyos canales (denominados A&E a efectos de la Operación) son distribuidos por un tercero.

¹⁶ Informe de Aprobación, p. 1 y 2, y Anexo “Ofrece medidas de conformidad con el artículo 53, en relación a lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ley N° 211”.

¹⁷ Resolución de aprobación de fecha 19 de marzo de 2019, investigación Rol FNE F155-2018.

la Operación. Estas investigaciones dieron cuenta de las infracciones que se describen a continuación:

i. Entrega de información falsa al notificar la operación de concentración (artículo 3 bis letra e) DL 211)

16. Como veremos, TWDC entregó información falsa al notificar la Operación porque indicó, en relación a los documentos exigidos por el artículo 2° N° 6, letra i) del Reglamento, primero, que no contaba con dicha información, y luego, que la FNE debía remitirse a 2 archivos acompañados por las Notificantes, en circunstancias que existían a lo menos 25 documentos adicionales que cumplían dichos criterios y que no fueron presentados en tiempo y forma por TWDC.

17. Como este H. Tribunal bien sabe, el artículo 2 del Reglamento dispone, entre otras cosas, que:

“A la notificación de la operación deberán acompañarse los antecedentes que permitan evaluar, preliminarmente, los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia, incluyendo, a lo menos, la siguiente información: (...)

6. La siguiente información para cada mercado relevante afectado (...)

*i) Copia de **estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable elaborado en los últimos tres años que analice el mercado relevante afectado, las condiciones de competencia, los competidores reales o potenciales, las preferencias de los consumidores, la fortaleza de***

la marca y el potencial crecimiento o expansión a nuevos productos o áreas geográficas, entre otros” (destacado nuestro)¹⁸.

18. La notificación de la Operación fue precedida por una solicitud de exención formulada por las Notificantes con fecha 30 de agosto de 2018, en orden a liberarlas de la obligación de acompañar determinados antecedentes, de acuerdo con el artículo 3° del Reglamento¹⁹. Entre la información que las Notificantes solicitaban se les eximiera de acompañar conforme a lo establecido en el artículo 3° número 1 del Reglamento, se encontraba precisamente aquella exigida por el artículo 2° N° 6 letra i) del Reglamento. Al respecto, señalaron:

¹⁸ Por su parte, el artículo 48 inc. 5° del DL 211 señala que: “**A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo**” (destacado nuestro).

¹⁹ “Las partes que proyectan notificar una operación de concentración podrán solicitar, por escrito y de manera fundada, previo a la notificación, que se les exima de acompañar determinados antecedentes cuando: 1. No se encuentren razonablemente disponibles para las partes, ya sea total o parcialmente; o 2. La información no resulte necesaria, relevante o atinente para el análisis de la operación.” “El Fiscal Nacional Económico considerará la solicitud esgrimida en virtud del numeral 1 precedente, siempre y cuando se expongan los motivos por los que no se dispone de la información y se proporcionen estimaciones de la mayor precisión posible. También se deberá indicar, en la medida de lo posible, dónde puede obtener el Fiscal Nacional Económico la información que no se dispone.” “Para efectos de que el Fiscal Nacional Económico evalúe el mérito de la solicitud que invoca la causal del numeral 2 precedente, las partes notificantes deberán acompañar a su solicitud un proyecto de notificación.” “Con todo, el Fiscal Nacional Económico no considerará solicitudes que impliquen eximir de acompañar los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación pudiere significar para la libre competencia; y la declaración de las partes que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, de conformidad a lo dispuesto en inciso quinto del artículo 48 del DL 211.” “Sin perjuicio de todo lo anterior, una vez iniciada la investigación, el Fiscal Nacional Económico podrá solicitar dichos antecedentes si así lo estima necesario para un adecuado análisis de la operación proyectada con arreglo al artículo 52 del DL 211”.

*“**TWDC** solicita a esta FNE exención de presentar estos documentos, puesto que **no cuenta con materiales de esa naturaleza relacionados con el mercado chileno**. / En cuanto a 21CF, por favor remitirse al Anexo E.3.7 de la Notificación. Fuera de estos documentos, 21CF no tiene ningún otro documento relacionado con el mercado chileno”²⁰ (destacado nuestro).*

19. Luego de lo anterior, el 31 de agosto de 2018, 21CF y TWDC notificaron a la FNE la Operación (en adelante, la “Notificación”), donde señalaron que los principales mercados relevantes afectados por la Operación en Chile serían los de la distribución de películas, así como la operación y otorgamiento de licencias (o suministro mayorista) de canales de televisión²¹. Respecto a los documentos exigidos por el artículo 2° N° 6 letra i) del Reglamento, las Notificantes reiteraron lo señalado en su solicitud previa de exención:

*“Todos los documentos de 21CF referidos a esta sección están incluidos dentro del Anexo V-6.i. / En relación con TWDC, esto ha sido incluido en la Solicitud de Exención. Tal como se indicó en ese documento, **TWDC no cuenta con materiales de esa naturaleza relacionados al mercado chileno**”²² (destacado nuestro).*

20. Asimismo, en la Notificación, y como lo requiere el Reglamento en su artículo 2 N° 11, acompañaron declaraciones juradas de sus representantes señalando que *“(...) todos los antecedentes e información acompañados por mi representada junto a esta notificación, relativa a la operación de concentración que se pretende,*

²⁰ Presentación de fecha 30 de agosto de 2018 de TWDC y 21CF en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, p. 2.

²¹ Presentación de fecha 31 de agosto de 2018 de TWDC y 21CF en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, p. 17.

²² Ibid, p. 125.

consistente en la adquisición por parte de TWDC de acciones de Twenty-First Century Fox, Inc. ('21F') son veraces, suficientes y completos”, agregando “(...) declaro conocer las sanciones administrativas y penales que pudieren resultar aplicables en caso que la información y antecedentes proporcionados fueren falsos, o si se ocultase información u otros antecedentes”²³.

21. Por resolución del 14 de septiembre de 2018, la FNE rechazó parcialmente la solicitud de exención. En particular, en relación a los antecedentes exigidos aportar de acuerdo al artículo 2 N° 6 letra i del Reglamento, señaló “(...) *que la información acompañada puede haber sido elaborada para un espectro geográfico más amplio, contando con información relativa a Chile, en cuyo caso, dichos antecedentes deben ser acompañados en conformidad con el numeral referido*”²⁴. Por esta misma razón, entre otras, se declaró incompleta la Notificación mediante resolución de esa misma fecha²⁵.

22. Atendida dicha declaración de incompletitud, las Notificantes efectuaron una nueva presentación el 3 de octubre de 2018 (en adelante, el “Complemento de la Notificación”), en la que señalaron, respecto a la exigencia del artículo 2° N° 6 letra i) del Reglamento: “*En relación con TWDC, favor remitirse a los documentos denominados ‘Chile-Consumers Preferences’ y ‘Chile-Dataxis Report’ acompañados en el Anexo TWDC-C*”²⁶. De esta forma, según las Notificantes,

²³ Ibid, p. 155 y 156.

²⁴ Resolución de solicitud de exención, del 14 de septiembre de 2018, en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, párr. 2 letra b) de los considerandos.

²⁵ Resolución de notificación incompleta, del 14 de septiembre de 2018, en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, párr. 7 de los considerandos.

²⁶ Presentación de fecha 3 de octubre de 2018, en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, p. 17.

cumplían con la referida exigencia acompañando estos únicos dos documentos, sin que existieran en su poder otros que analizaran el mercado afectado.

23. Luego de una segunda presentación de las partes, de fecha 5 de noviembre de 2018²⁷, y en base a la documentación aportada y las declaraciones de las notificantes, con fecha 19 de noviembre de 2018, la FNE determinó que la notificación de la Operación cumplía con los requisitos contenidos por la ley y el Reglamento, declarando su completitud y dando inicio a la investigación de acuerdo al artículo 50 del DL 211.

24. Posterior a ello, tras la apertura de la Investigación Rol FNE F155-2018, esta Fiscalía tomó conocimiento, a raíz de la declaración prestada por un ejecutivo de ESPN, parte del Grupo Disney, de la existencia de más documentos relativos al mercado relevante y sus características, exigidos por el Reglamento y que no fueron presentados por TWDC al notificar la Operación²⁸.

25. A raíz de lo anterior y durante la investigación, el 19 de diciembre de 2018, esta Fiscalía, y a fin de efectuar la evaluación competitiva de la Operación, solicitó a TWDC, entre otras cosas: (i) complementar los antecedentes proporcionados en la referida declaración, tras la resolución de inicio de la investigación, en relación a informes, estudios, investigaciones, presentaciones y cualquier otro documento análogo referido al mercado de provisión mayorista de canales de TV paga para Latinoamérica en general, o para Chile en particular, que haya sido elaborado por o para ESPN y acompañar copia de ellos; y (ii) acompañar todos los informes,

²⁷ Mediante esta presentación las Notificantes no acompañaron nuevos antecedentes que pudieran ser calificados de aquellos que exige el artículo 2° N° 6 letra i) del Reglamento.

²⁸ Adicionalmente, a partir de la misma declaración se tomó conocimiento de la existencia de una unidad de estudios dentro de ESPN.

estudios, investigaciones, presentaciones y cualquier otro documento análogo referido al mercado de provisión mayorista de canales de TV paga para Latinoamérica en general, o para Chile en particular, que haya sido elaborado por o para Disney en los últimos tres años (2016, 2017 y 2018)²⁹.

26. A través de presentaciones de fecha 26 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019, TWDC dio respuesta a esta solicitud acompañando dos carpetas que contenían 34 documentos elaborados por o para ESPN, y 5 documentos por o para TWDC. Del total de documentos acompañados por TWDC, 25 documentos decían relación directa con el mercado chileno o con Latinoamérica en general, conteniendo información referente al mercado chileno. De hecho, muchos de ellos hacen referencia a nuestro país por el mismo nombre del archivo, siendo evidente su asociación con aquella información que debió acompañarse en la Notificación, incluso de manera más directa que aquellos dos antecedentes aportados en el Complemento de la Notificación³⁰.

27. Estos 25 antecedentes cabían dentro de aquellos exigidos por el artículo 2 N° 6 letra i) del Reglamento, es decir, eran: (i) estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento comparable; (ii) elaborados en los últimos tres años; y, (iii) que analizaban diferentes aspectos del mercado relevante afectado³¹. En particular, los antecedentes indicados correspondían a perfiles de consumidor;

²⁹ Oficio Ord. N° 2752 del 19 de diciembre de 2018 en Expediente de Investigación Rol FNE F155-2018, numerales 2 y 3.

³⁰ Por ejemplo, "2015 Annual Report Recap- CHI-español", "ESPNADEDChileSpanish", "Chile PDF", "1919_ESPN Chile-ADN", "Disney Life_Chile 2016", "Kids Chile 2017-Final", "Tech Tracker Chile", etc.

³¹ Que, conforme al Reglamento, debe incluir tanto aquel que las partes consideran como adecuado, como aquellas alternativas plausibles, más allá que, como se expuso, en este caso el mercado afectado definido por las notificantes decía relación con el mercado chileno.

perfiles de consumo según números de visita a los canales de la marca ESPN y las marcas que publicitan sus productos en estos canales; informes de rendimiento en nuestro país de los distintos canales y productos asociados a esta marca; y análisis comparativos de rendimiento según *rating* con su competencia segmentados por franja horaria, esto último tanto para los canales Disney como aquellos de su filial ESPN. Es decir, analizaban el mercado relevante afectado descrito por las Notificantes y/o las características de éste mencionadas en la referida disposición.

28. Estos documentos, acompañados por TWDC en la etapa de investigación de la Operación, fueron relevantes para esta FNE en su análisis. Los informes internos examinados fueron elementos fundantes que le permitieron a esta Fiscalía determinar la cercanía competitiva de los canales deportivos de las notificantes y, con ello, dimensionar los riesgos competitivos de la Operación y su aptitud para reducir sustancialmente la competencia. Cabe destacar que, precisamente, la cercanía competitiva de las Notificantes fue un punto muy importante debatido entre la FNE y éstas³².

29. Incluso más, durante la investigación Rol N° FNE 2586-2019 esta FNE tuvo acceso a documentos adicionales que no fueron aportados al notificar la Operación

³² En efecto, según la FNE, “antes de la Operación, en caso de no llegar a un acuerdo con alguna de las Partes, el Operador de TV Paga seguiría contando con los canales deportivos ofrecidos por la otra Parte, teniendo acceso, aunque parcial, al fútbol internacional”, Informe de Aprobación, p. 21. Sin embargo, de acuerdo a las partes, los canales deportivos de Disney y 21CF eran competidores lejanos, Informe de Aprobación, p. 21. Considerando, entre otros antecedentes, aquellos pertinentes para la Operación, pero no acompañados en la Notificación, la FNE consideró que “la entidad concentrada aumentaría su poder negociador luego de la Operación, lo que provocaría un aumento de los precios o un empeoramiento de otras condiciones comerciales”, Informe de Aprobación, p. 25. En el mismo sentido, Informe de Aprobación, p. 22.

ni en su investigación subsecuente³³. Estos documentos no pudieron ser valorados al aprobarse la Operación con medidas.

30. En consecuencia, TWDC y 21CF notificaron una operación de concentración, en donde la primera entregó información falsa consistente, primero, en señalar que no contaría con los antecedentes exigidos por el artículo 2° N° 6 letra i) del Reglamento para TWDC y, luego, en remitirse solamente a los dos documentos acompañados en el complemento -lo que implicaba que no contaban con más información al respecto-. Por el contrario, según quedó en evidencia durante la investigación subsecuente que se abrió para examinar esa operación, así como en la investigación de fiscalización de esta conducta, TWDC contaba con una mayor cantidad de antecedentes de aquellos exigidos en el Reglamento, que debió acompañar al notificar la Operación.

ii. Incumplimiento de las medidas con que se aprobó la Operación (artículo 3 bis letra c) DL 211)

31. Disney Matriz incumplió una de las medidas de mitigación que ofreció, que la FNE aceptó y a las que se sujetó la aprobación de la Operación, consistente en el envío de una comunicación escrita a todos los distribuidores de TV de Pago con operaciones en Chile, adjuntando una copia de las medidas de mitigación, dentro de los 60 días hábiles desde el perfeccionamiento de la Operación.

³³ En relación a esos antecedentes, esta Fiscalía ha podido detectar que ellos consisten en estudios, informes o análisis respecto de ESPN con información acerca de preferencias de consumidores, rating de canales de TV paga de Chile, suscriptores de TV nacionales, y otros antecedentes comprendidos dentro del artículo 2, N° 6, letra i) del Reglamento.

32. En su propuesta de medidas de mitigación³⁴, uno de los compromisos ofrecidos, aceptados por la FNE y a los que se sujetó la aprobación de la Operación³⁵, fue enviar una comunicación escrita:

“A todos los Distribuidores de TV de Pago que a la fecha de Perfeccionamiento de la Operación tengan operaciones en Chile, adjuntando una copia de las Medidas, dentro de los 60 Días Hábiles desde la fecha de Perfeccionamiento de la Operación. Si antes del vencimiento de los 60 Días Hábiles señalados en la letra b), algún Distribuidor de TV de Pago suscribe o renueva un acuerdo de licencia con alguna de las Partes, la comunicación escrita deberá realizarse antes de la celebración del contrato respectivo”.

33. Estos compromisos tenían por objeto dar a conocer los derechos que nacían para los distribuidores de TV de Pago a partir de la Operación aprobada por la FNE. De lo contrario, ante el desconocimiento preciso de las medidas de mitigación adoptadas, éstas carecerían de eficacia.

34. Atendido que la Operación se perfeccionó el 19 de marzo de 2019, el plazo para el cumplimiento de estas medidas venció el 14 de junio de 2019. Sin embargo, los antecedentes de la investigación Rol F205-2019 dan cuenta que, dentro de este plazo, Disney Matriz no envió las referidas comunicaciones.

35. Incluso, en una presentación de fecha 23 de julio de 2019 en la investigación Rol F205-2019, Disney Matriz reconoció esta circunstancia, señalando que “(...) debido a una descoordinación entre los distintos equipos trabajando en este asunto,

³⁴ Anexo Informe de Aprobación.

³⁵ Resolución de aprobación, resuelvo 1°.

*TWDC no realizó estas comunicaciones dentro del plazo de 60 días hábiles desde la fecha de cierre*³⁶. Dicha presentación fue remitida a la FNE sólo a requerimiento de ésta, luego de un oficio enviado a Disney Matriz en el marco de la fiscalización del cumplimiento de las medidas conductuales a las que se condicionó la Operación.

36. Finalmente, conforme a los antecedentes de la investigación F 205-2019, con fecha 19 de julio de 2019, Disney Matriz dio cumplimiento tardío a la medida de mitigación mediante el envío de las respectivas comunicaciones a los Distribuidores de TV Pago.

37. Una obligación impuesta en la resolución de la FNE que aprueba una operación de concentración sujeta a medidas de mitigación se cumple cuando éstas se ejecutan en tiempo y forma. Ello no ocurrió en la especie y, por tanto, Disney Matriz incurrió en una infracción al artículo 3° bis letra c) del DL 211.

III. INDUSTRIA Y MERCADO EN QUE INCIDEN LAS INFRACCIONES

38. La industria de televisión de pago se caracteriza por la existencia de diversos eslabones, desde la elaboración de contenidos hasta su comercialización entre los suscriptores y usuarios finales. Dentro de esta cadena se encuentran los proveedores de contenido, quienes estructuran los canales o señales de televisión y cuya principal actividad consiste en el otorgamiento de licencia a los operadores de televisión de pago.

³⁶ Presentación de fecha 23 de julio de 2019, en Expediente de Investigación Rol F205-2019, p. 4. Cabe hacer presente que en esa presentación se hizo referencia a la requerida Disney Matriz con la sigla "TWDC".

39. Tal como señala el Informe de Aprobación, los principales actores que participan en el mercado de provisión de contenidos corresponden a conglomerados extranjeros, entre los que destacan el Grupo Disney, Turner, HBO y Discovery. Los contenidos elaborados por estos conglomerados admiten una clasificación de acuerdo a la tipología de su contenido, es decir, cines y series, contenido deportivo, infantil, cultural o factual, o bien, de estilos y tendencias.

40. El mercado en que inciden las conductas imputadas corresponde a la provisión mayorista de canales de televisión de pago, sin perjuicio que dentro de este mercado sea posible definir submercados o segmentos de acuerdo a si se trata de canales básicos o premium, o la categoría de los contenidos o canales transmitidos, entre otros factores³⁷.

41. Desde el punto de vista geográfico, el mercado es nacional. Esa definición no se ve afectada porque existan proveedores de contenido y operadores de TV paga con presencia latinoamericana, ya que como señaló el Informe de Aprobación, los contratos de licenciamiento de contenidos son abordados tomando en consideración las características de cada país.

42. Para finalizar este apartado, cabe señalar que el mercado involucrado en estas conductas es uno de aquellos examinados en el Informe de Aprobación³⁸. En

³⁷ La jurisprudencia del H. Tribunal también ha sostenido, invariablemente, que no corresponde comprender dentro del mercado de provisión mayorista de canales de televisión de pago a la provisión mayorista de canales de televisión abierta, ya que ambos ofrecen servicios distintos. Ver Resolución TDLC 1/2004, p. 49, capítulo 10, y Sentencia TDLC 161/2018, C. 15º.

³⁸ Los otros mercados son los de distribución de películas para su exhibición en cines, el mercado de publicidad, mercado de distribución y licenciamiento de contenido audiovisual para televisión y Home Entertainment, mercado de licenciamiento, producción y suministro de productos de consumo, entre otros de escasa magnitud de ventas. Sin embargo, ninguno de ellos guarda relación directa con las conductas formuladas.

efecto, la entrega de antecedentes falsos se refiere a información que buscaba principalmente determinar la cercanía competitiva entre ESPN y Fox Sports en el contexto del mencionado mercado. Asimismo, el incumplimiento de la medida de mitigación dice relación con la medida de publicidad ofrecida por las Notificantes con el objeto de mitigar riesgos que la Operación iba a generar en ese mercado.

IV. EL DERECHO

43. Atendido el carácter infraccional de las conductas acusadas, acreditada la existencia del deber de comportamiento y alegado su incumplimiento, concurre una presunción de culpa. En efecto, en el Derecho sancionatorio, se estima que la infracción exterioriza una culpa, en tanto esta última se identifica con el incumplimiento de un deber de comportamiento, en este caso, definido por la ley. De esta forma, la carga de la prueba de la exoneración de responsabilidad de ambas conductas acusadas, en caso de ser alegada, recae sobre las Requeridas³⁹.

44. El artículo 3 bis del DL 211 es un ejemplo de norma en que el legislador establece ciertos deberes específicos que deben ser satisfechos por sus destinatarios. Estos deberes específicos fueron impuestos por el legislador con el único y expreso objetivo de dotar de efectividad al sistema de control de operaciones de concentración en Chile⁴⁰. En lo que aquí interesa esos deberes consisten en

³⁹ Ver Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 2 de junio de 2010, en causa Ingreso Corte Rol 277-2010, C. 21^o. Esta decisión del máximo tribunal nacional fue adoptada en un caso donde se perseguían conductas subsumibles en el artículo 3 del DL 211, es decir, supuestos no puramente infraccionales. Por lo tanto, en presencia de una acusación que sí tiene esa naturaleza, la conclusión de la Excelentísima Corte Suprema resulta aún más evidente.

⁴⁰ De lo anterior da cuenta la misma historia fidedigna de la ley. Así, ya el Mensaje del Ejecutivo indicaba que el proyecto de ley contaba con: *“Presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración (...)”*,

entregar toda la información requerida por la ley y el Reglamento, y cumplir las medidas con las cuales se aprobó una operación de concentración. En particular en lo que respecta a la infracción del artículo 3 bis letra c) del DL 211, las condiciones o medidas a las que se sujeta la aprobación de una operación de concentración, constituyen requisitos de juridicidad. Es decir, se trata de exigencias que solo con su cumplimiento y satisfacción otorgan licitud a la operación de concentración⁴¹.

45. Asimismo, las infracciones a los literales c) y e) del artículo 3 bis del DL 211 no requieren un resultado determinado, es decir, no necesitan generar una consecuencia anticompetitiva ni un perjuicio en los consumidores, competidores, distribuidores o, en general, en el mercado. Así, por una parte, el artículo 3 bis letra c) del DL 211 requiere un incumplimiento de las medidas con que se haya aprobado la operación de concentración, sin que se exija un efecto anticompetitivo adicional. En el mismo sentido, el artículo 3 bis letra e) del DL 211, establece que la infracción se configura por entregar información falsa al notificar una operación de concentración, no disponiendo que esa información haya conducido a la FNE a un resultado equívoco o errado sobre las decisiones intermedias que adoptó en ese procedimiento o en la decisión de aprobación final.

cubriendo "(...) aquellos aspectos que se consideran necesarios para garantizar la eficacia del nuevo régimen". En virtud de ello, continuaba señalando, "(...) se introduce un nuevo artículo 3 bis en el cual se establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias (...)" a quienes infringieren los numerales del referido artículo 3° bis. Ver Historia de la Ley N°20.945, p. 13. Asimismo, de manera similar, el Senador Harboe, en la discusión en Sala, señaló: "El punto está en que se debe avisar a la autoridad para que esta pueda investigar y decir: 'Mire, ¿sabe qué? Cuidado, porque esa concentración o esa fusión puede afectar la libre competencia'. Y si la empresa o grupo de empresas no informa debidamente, será objeto de sanciones, las que también son bastante altas". Historia de la Ley N°20.945, p. 757.

⁴¹ En línea con lo anterior, la jurisprudencia de este H. Tribunal en el caso *Malone*, ratifica que la infracción a una condición impuesta (en ese entonces, en el marco de un procedimiento no contencioso) determina una presunción de "antijuridicidad" o culpa. Ver Sentencia TDLC N° 117/2011, C. 80°.

46. En los siguientes párrafos, revisaremos los requisitos de cada una de las infracciones imputadas en este Requerimiento, las que poseen como factor de conexión común el hecho de que emanan de un mismo procedimiento de control de operación de concentración. Esto es relevante, ya que ninguna de ellas puede entenderse sin considerar la existencia de la Operación. En efecto, la infracción de entrega de información falsa se vincula directamente a ella porque se materializa al momento de su notificación, como un hito jurídicamente relevante del procedimiento. Por su parte, la infracción a las condiciones impuestas solo surge jurídicamente como resultado de la aprobación dada por la FNE en ese mismo procedimiento. Así, la existencia de la Operación condiciona la ubicación temporal de ambas infracciones y determina un factor de conexión que justifica la tramitación conjunta de ambas acciones infraccionales.

i. Primera infracción acusada: entrega de información falsa al notificar la Operación (infracción al artículo 3 bis letra e) del DL 211)

47. La norma involucrada en la primera infracción corresponde al artículo 3 bis letra e) del DL 211, que dispone:

“Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (...) e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”.

48. La acusación de la FNE a este respecto se refiere a la entrega de información falsa que TWDC realizó al notificar la Operación en relación a aquellos antecedentes

que se exigen aportar por el artículo 2 N° 6 letra i) del Reglamento, los que dicen relación con estudios, informes u otros documentos comparables elaborados en los últimos tres años que analicen el mercado relevante afectado, las condiciones de competencia, los competidores reales o potenciales, las preferencias de los consumidores, la fortaleza de la marca y el potencial crecimiento o expansión a nuevos productos o áreas geográficas, entre otros.

49. Pues bien, a ese respecto, los requisitos para configurar la conducta acusada son: (i) la existencia de una notificación de una operación de concentración; y (ii) que la información entregada en la notificación sea falsa. La concurrencia de esos requisitos será examinada a continuación.

50. El primer requisito se configura ya que TWDC y 21CF notificaron a la FNE una operación de concentración de conformidad a las reglas del Título IV del DL 211.

51. Según se expresó en la descripción de los hechos fundantes del Requerimiento, en una etapa previa a la notificación de la operación de concentración, las notificantes solicitaron a la FNE una exención de presentación de los documentos indicados en el artículo 2 N° 6 letra i) del Reglamento, en razón de que supuestamente no contaban con antecedentes vinculados al mercado chileno. Lo anterior fue reiterado expresamente en la Notificación con fecha 31 de agosto de 2018, en la que además formularon una declaración jurada acerca de la suficiencia y completitud de la información entregada.

52. Sobre la base del carácter imperativo de la norma examinada es que, con fecha 14 de septiembre de 2018, la FNE rechazó parcialmente la petición de

exención y declaró la incompletitud de la Notificación. Como consecuencia, las partes presentaron el Complemento de la Notificación, con fecha 3 de octubre de 2018, en el que TWDC dio cuenta de la existencia de solo 2 documentos como información asociada a los antecedentes requeridos, los que fueron acompañados en dicha presentación.

53. Sin embargo, esa información entregada al notificar resultó ser falsa, satisfaciendo así el segundo requisito para configurar la conducta acusada.

54. Lo anterior fue detectado una vez iniciada la investigación respectiva, es decir, con posterioridad a la Notificación de la Operación, dado que, en base a los nuevos antecedentes recabados, y solo a solicitud de esta Fiscalía, con fecha 19 de diciembre de 2018, TWDC aportó 25 documentos adicionales que cabían dentro de las exigencias del artículo 2 N° 6 letra i) del Reglamento.

55. Asimismo, tal como se indicó en los hechos, esta Fiscalía, en el marco de la investigación Rol N° FNE 2586-2019, pudo tomar conocimiento de la existencia de otros documentos que satisfacían la norma referida, los que no fueron ponderados al momento de aprobar la Operación. Si bien esos nuevos documentos no tenían la aptitud de variar la decisión que la FNE adoptó al aprobar la Operación, la sola circunstancia de no contar con ellos en la etapa en que eran exigibles agrava la infracción acusada.

56. En términos sencillos, las declaraciones formuladas y los antecedentes aportados por TWDC al notificar la Operación no se condecían con la realidad. La información entregada por TWDC al notificar la Operación resultó ser materialmente

inconsistente con los antecedentes reales y fidedignos que se encontraban a su disposición en ese momento.

57. Más allá que, como se dijo, la realización de una conducta infraccional hace presumir la culpa de TWDC, de todas formas, para ella era posible dar cumplimiento de manera certera a la exigencia de entrega de la información analizada. Bastaba que los antecedentes preexistentes acompañados el 19 de diciembre de 2018 y aquellos aportados en la posterior investigación Rol N° FNE 2586-2019, se hubieran entregado al notificar la Operación para que hubiera dado cumplimiento a su deber de entregar la información fidedigna exigida.

ii. Segunda infracción acusada: incumplimiento de medidas de mitigación ofrecidas por parte de Disney Matriz (infracción del artículo 3 bis letra c) DL 211)

58. La norma involucrada en la segunda infracción acusada corresponde al artículo 3 bis letra c) del DL 211, que dispone:

“Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (...) c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 o 57, según sea el caso”.

59. Los requisitos para configurar la infracción de esa norma son: (i) que se apruebe una operación de concentración; (ii) que esa aprobación se haya condicionado a medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes en razón de los

riesgos anticompetitivos detectados; y (iii) que esas medidas sean incumplidas. Tales requisitos se verifican en este caso, según pasamos a revisar.

60. En primer lugar, con fecha 19 de marzo de 2019, la FNE dictó la resolución administrativa por la cual se aprueba la Operación.

61. En segundo lugar, esa resolución administrativa aprobó la Operación sujeta a ciertas medidas de mitigación que fueron propuestas por las Notificantes en presentación de fecha 15 de marzo de 2019. En específico, la que interesa en la especie corresponde a la medida de mitigación indicada en el numeral tercero letra b) de la presentación referida, titulada “Publicidad de las medidas propuestas”.

62. Según vimos, esa medida establecía el deber que recaía en las Notificantes de informar por medio de una comunicación escrita el contenido de los compromisos ofrecidos. Esa comunicación tenía que ser dirigida a todos los Distribuidores de TV Pago que a la fecha de perfeccionamiento de la Operación tenían operaciones en Chile. El plazo comprometido era de 60 días hábiles desde tal perfeccionamiento. Ese plazo podía reducirse si es que antes de su vencimiento algún distribuidor de TV de pago suscribía o renovaba un acuerdo de licencia con alguna de las partes⁴².

63. Pues bien, las medidas de mitigación constituyen requisitos de juridicidad de las operaciones de concentración, es decir, adquieren licitud en razón del establecimiento y vigencia de esas medidas. Esta idea se ve reforzada en el actual

⁴² Medida indicada la letra b) del numeral tercero de la presentación de ofrecimiento de medidas.

sistema de control de operaciones de concentración en razón que son las propias notificantes quienes las proponen⁴³.

64. De esta forma, fue evidente que con las medidas de publicidad y comunicación indicadas se estaba limitando o restringiendo la posibilidad de incurrir en los riesgos anticompetitivos detectados durante la investigación de esta FNE.

65. En específico se consideró que las medidas de publicidad y comunicación eran idóneas, efectivas, suficientes, proporcionadas y factibles de implementar en orden a reducir los riesgos a los cuales podían estar sujetos los Operadores de TV pago, en las negociaciones que llevaran a cabo con la entidad concentrada para celebrar contratos de licenciamiento de canales en el mercado de provisión mayorista de canales de TV pago.

66. Dado que las negociaciones se efectúan bilateralmente, se previó que la entidad fusionada iba a mejorar su posición negociadora sobre los Operadores de TV paga. Por ello se contempló como medida de mitigación un mecanismo de arbitraje de oferta final, donde el árbitro debe decidir entre alguna de las posiciones planteadas por los contendientes.

67. Por lo tanto, para permitir que los Operadores de TV paga tomaran conocimiento directo de las cláusulas que resguardaban su posición negociadora, es que se dispuso la medida de publicidad infringida.

⁴³ Sin perjuicio de que las medidas impuestas por el H. TDLC, en el caso de los artículos 3° y 18 N° 2 del DL 211, son igualmente vinculantes.

68. Como indicamos, el plazo de 60 días para cumplir las medidas de publicidad se contaba desde la fecha de perfeccionamiento de la Operación, lo que ocurrió el 19 de marzo de 2019. De esta forma, las medidas debieron ser cumplidas hasta el día 14 de junio de 2019, lo que no aconteció. Con esto, concurre el tercer requisito para configurar la acusación del artículo 3 bis letra c) del DL 211.

69. Incluso más, durante la fiscalización de esta FNE, Disney Matriz confesó directamente que no realizó las comunicaciones exigidas dentro del plazo ofrecido.

70. La conducta reconocida por Disney Matriz y acusada por esta FNE constituye una infracción grave, ya que las medidas de mitigación conductuales, como a las que se condicionó la Operación, suponen la sujeción a un deber de cuidado por parte de los sujetos obligados. Esos deberes surgen en razón de que la FNE llega a la convicción de que, sujetándose una operación a las medidas ofrecidas por las partes notificantes, ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, y sólo a condición de darles cumplimiento es que es posible aprobar la Operación. Cuando ellos se transgreden, la legislación reacciona sancionando tales infracciones sin exigir resultado alguno, bastando la contravención de la norma.

71. De otra forma, se pondría en duda el carácter obligatorio, imperativo y ejecutable de las medidas de mitigación, esenciales para el correcto funcionamiento del incipiente sistema de control de operaciones de concentración.

72. Finalmente, en ese mismo sentido, la jurisprudencia sobre incumplimiento de medidas de mitigación ha reforzado esas características, al señalar que ellas

suponen un “estricto cumplimiento”⁴⁴, y un especial deber de cuidado que no admite justificaciones por meros errores⁴⁵.

V. SANCIÓN SOLICITADA

73. Tal como ha quedado comprobado, las Requeridas infringieron el artículo 3° bis, letras c) y e) del DL 211. Como se explicó, ambas infracciones fueron susceptibles de ser cometidas en razón de la existencia de un procedimiento de control de operación de concentración. Una de ellas se verificó al notificarse la Operación y la segunda una vez adoptada la decisión administrativa que concluyó su tramitación.

⁴⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, C. 5°: “(...) pesa sobre las empresas objeto del presente requerimiento, la obligación de dar estricto cumplimiento al Plan de Autorregulación aprobado por la resolución 496 (...)”. A lo que agrega su C. 6°: “(...) que en esta materia [cumplimiento de medidas de mitigación] debe entenderse por estricto cumplimiento a lo que en materia civil se entiende por suma diligencia o cuidado, la que se opone a la culpa o descuido levísimo, esto es, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. Es precisamente esta esmerada diligencia en el cumplimiento del Plan de Auto Regulación la que resulta exigible a la empresa cuya fusión fue autorizada precisamente en atención a aquello”. En el mismo sentido, Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol 44.266-2017, C. 17°: “Por lo demás, se debe señalar que en un juicio por incumplimiento de una medida de mitigación, solamente procede determinar si ésta se encuentra vigente o ha sido modificada por el mismo tribunal, pero establecida su obligatoriedad, son sus términos y no otros, los cuales corresponde ponderar, por el evidente carácter regulatorio de tales determinaciones, que no pueden ser alteradas o relativizadas en un procedimiento de naturaleza diversa”.

⁴⁵ Sentencia N° 86/2009 TDLC, C. 12°: “Que el incumplimiento de la prohibición materia de autos no solo es indicativa de una falta al deber de cuidado aludido en el razonamiento precedente, sino que también importa un actuar negligente que no admite justificación por un error respecto de la juridicidad del acto (...)”. En el mismo sentido, Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol 44.266-2017, C. 16°: “Así, existiría un incentivo perverso entregado a las partes obligadas, toda vez que preferirían no consultar, incumplir, y esperar a que algún agente del mercado demande en sede contenciosa, pues tendrían la facilidad de discutir en tal procedimiento la modificación de la Resolución que impone condiciones, cuestión que atenta contra el objetivo preventivo que tiene la imposición de condiciones o medidas de mitigación e implica, por lo demás, desconocer el especial deber de cuidado que pesa sobre los incumbentes afectados por una resolución que impone medidas de mitigación para aprobar determinada operación de concentración”.

74. La regulación del artículo 3 bis del DL 211 hace una remisión expresa a las sanciones contenidas en el artículo 26 del DL 211 que, en su parte pertinente, señala: *“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”*.

75. En el presente caso concurren circunstancias de determinación de multas que se establecen en tal norma.

76. En primer lugar, las conductas acusadas reúnen el carácter de gravedad. En lo referido a la entrega de información falsa, se han vulnerado los principios de colaboración y cooperación que inspiran el sistema de operaciones de concentración, el cual se sustenta en la entrega de antecedentes e información por las partes notificantes, como fuente primaria de los pronunciamientos que a la luz del Título IV del DL 211 esta Fiscalía debe adoptar.

77. Adicionalmente, alguno de los estudios que debió entregar al notificar la Operación estuvieron a disposición de esta FNE solo después de aprobada la misma, sin que pudieran ser ponderados al aprobarse aquella, circunstancia que otorga mayor gravedad a la conducta acusada.

78. Asimismo, la gravedad es un factor que debe ser utilizado para determinar la multa en relación a la infracción de la letra c) del artículo 3 bis del DL 211, ya que el

incumplimiento de las medidas de mitigación pone en duda el carácter obligatorio, imperativo y ejecutable de esas medidas. En otras palabras, la conducta puso en riesgo la efectividad del mandato normativo asociado al debido y estricto cumplimiento de las medidas acordadas.

79. Con todo, las infracciones no pudieron sino ser advertidas por las Requeridas, dada la asesoría experta y la participación de ejecutivos de alto nivel en la Operación.

80. En segundo lugar, se debe considerar un factor de disuasión en la determinación de la multa. Solamente si se impone una multa importante se entregará una señal correcta al mercado acerca de la necesidad de aportar información ajustada a la realidad durante una operación de concentración, y de dar estricto cumplimiento a las medidas que se acuerden entre la FNE y los agentes económicos respectivos.

81. En base a las consideraciones anteriores es que solicitamos la imposición de las multas que se indican en el petitorio para ambas conductas acusadas.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° bis letras c) y e), 18° y siguientes, 26° y 39° del DL 211, así como en las demás normas legales citadas y aplicables,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por deducido Requerimiento en contra de The Walt Disney Company y TWDC Enterprises 18 Corp., ya individualizadas, someterlo a tramitación y, en definitiva:

- (i) Declarar que The Walt Disney Company y TWDC Enterprises 18 Corp. infringieron el artículo 3° bis letras c) y e) del DL 211, respectivamente, al (i) incumplir una de las medidas con que se aprobó la Operación, de conformidad al Título IV de este mismo cuerpo legal, y (ii) notificar la operación de concentración entregando información falsa.
- (ii) Imponer a The Walt Disney Company una multa de 558 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que este H. tribunal estime conforme a derecho;
- (iii) Imponer a TWDC Enterprises 18 Corp. una multa de 4.754 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que este H. tribunal estime conforme a derecho, y,
- (iv) Ordenar a las Requeridas el pago de las costas.

Lo anterior es sin perjuicio de la adopción de toda otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que el H. Tribunal considere pertinente de conformidad al inciso primero del artículo 3° del DL 211.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, para efectos de practicar la notificación del requerimiento de autos y de realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, y sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación o designar nuevos ministros de fe en cualquier momento, señalo los siguientes receptores judiciales:

1. Carlos Pereira Penna, RUT 12.596.457-5, domiciliado en Huérfanos N° 1117, Oficina 422, Santiago, correo electrónico receptor.cp@gmail.com.
2. Germán Camino Alzereca, RUT 7.981.933-6, domiciliado en Compañía de Jesús N° 1390, oficina 302, Santiago, correo electrónico germancaminoa@gmail.com.
3. Marcos Gacitúa Guerrero, RUT 10.892.643-0, domiciliado en pasaje Rosa Rodríguez N° 1375, oficina 414, Santiago, correo electrónico receptormarcosgacitua@gmail.com.
4. Carmen Balboa Quezada, RUT 10.367.686-K, domiciliada en calle Compañía N° 1390, oficina 701, Santiago, correo electrónico cbalboaq@gmail.com.

SEGUNDO OTROSÍ: Al H. Tribunal solicito tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto Supremo N° 158 de 11 de diciembre de 2018 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante el cual se me nombra en el cargo de Fiscal Nacional Económico.

TERCER OTROSÍ: Solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial, con domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Víctor Santelices Ríos, don Nicolás Carrasco Delgado y don Adolfo Wenzel Weber, todos de mi mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente conmigo y con todos los apoderados de esta causa.