

ANT.: Denuncia Reservada Rol FNE
2135 – 12.

MAT.: Minuta de Archivo (I)

Santiago, 21 MAR 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Por la presente vía, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad del caso del Antecedente, recomendando no iniciar la investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 04 de septiembre de 2012, el Subsecretario de Telecomunicaciones remitió a esta Fiscalía el Oficio Reservado N° 08/c, en el que da cuenta de una serie de hechos que a su juicio serían irregulares, en el marco de los concursos públicos para otorgar concesiones de radiodifusión sonora de libre recepción en frecuencia modulada, que podrían constituir un ilícito en los términos del artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211, de 1973 (“DL 211”).
2. En particular, de acuerdo a lo expuesto en la denuncia, el Subsecretario advierte una reiterada conducta, por parte de algunas de las postulantes, de “... presentar proyectos técnicos para las mismas concesiones que, en ocasiones incluso suscritos por el mismo técnico, contemplan unas características técnicas comunes”. De acuerdo a la opinión de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“SUBTEL”), dichos antecedentes podrían representar un acuerdo o concierto entre éstas con el objetivo de alterar los resultados de los concursos, específicamente para dos

cuatrimestres del año 2011 y uno del año 2012, no descartando además un posterior reparto de las concesiones adjudicadas entre los postulantes.

3. A mayor abundamiento, y de acuerdo a los términos de la denuncia, las conductas descritas serían reiteradas por algunos postulantes en diversas localidades, y en otros casos, sería exclusivamente para una única localidad.

II. LAS LICITACIONES DE RADIODIFUSIÓN SONORA

4. El procedimiento administrativo y técnico para otorgar concesiones de radiodifusión sonora de libre recepción se encuentra regulado en la Ley N° 18.168 de 1982, Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”), en su Título II, “De las Concesiones y Permisos”.
5. Una modificación de dicha normativa que resulta relevante para el presente análisis fue introducida el año 2009 por la ley N° 20.335¹, la que, entre otras disposiciones, dispuso los siguientes cambios:
 - i. En caso de existir solicitudes con similares condiciones, la asignación de una concesión de radiodifusión sonora ya no será mediante una licitación sino que mediante sorteo público² y;
 - ii. La autorización de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos sólo podrá otorgarse luego que hayan transcurrido, a lo menos, dos años desde la fecha en que se haya iniciado legalmente el servicio³.
6. Así las cosas, en la actualidad, la LGT determina que las licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora se otorgan mediante concurso público⁴, que las bases del concurso sólo podrán establecer criterios

¹ Ley N° 20.335 publicada en el Diario Oficial el 06 de febrero de 2009, que Modifica el Sistema de Otorgamiento de Concesiones de Radiodifusión Sonora.

² Artículo 13, letra c, inciso segundo, de la LGT.

³ Artículo 21, inciso segundo, de la LGT.

⁴ Artículo 13, inciso primero, LGT: “Las concesiones de servicios de Telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, se otorgarán por concurso público”.

técnicos de transmisión o prestación del servicio⁵ y que, en caso de existir dos o más solicitudes, la SUBTEL deberá establecer, en forma separada y fundamentada, cuál de las solicitudes “...*garantiza las mejores condiciones técnicas de transmisión o de prestación del servicio y cuales [sic] son similares*”⁶.

7. Para la apreciación de los antecedentes presentados por los oferentes en los concursos, y según se desprende del examen de las bases generales y técnicas publicadas y que han regido los procesos bajo análisis⁷, la SUBTEL efectúa un cálculo del puntaje total de las postulaciones, comprendiendo, como elemento diferenciador principal, el tamaño de la zona de servicio propuesta por el postulante en relación a la máxima zona establecida en las Bases del respectivo concurso, además del plazo de implementación del proyecto.
8. Luego de la evaluación técnica y en caso de que no fueran aplicables ninguno de los derechos preferentes contemplados en la LGT⁸, se procede a asignar la concesión o se declara desierto el concurso.
9. Para la asignación de la concesión, pueden presentarse dos escenarios:
 - i. Que se asigne directamente al postulante que obtenga el mayor puntaje o;
 - ii. Si dos o más concursantes ofrecen similares condiciones, y ninguno de ellos tiene la calidad de anterior concesionario, el concurso se resolverá mediante sorteo público entre tales postulantes⁹.

⁵ Artículo 13, inciso quinto, de LGT: “*La concesión será asignada a la postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas que asegure una óptima transmisión o excelente servicio*”.

⁶ Artículo 13A, inciso tercero, de LGT.

⁷ Las bases de cada cuatrimestre se encuentran disponibles en:
http://www.subtel.gob.cl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=105&Itemid=591&lang=es.

⁸ Artículo 13, inciso quinto, de LGT: “*La concesión será asignada a la postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas que asegure una óptima transmisión o excelente servicio. En toda renovación de una concesión, la concesionaria que la detentaba tendrá derecho preferente para su asignación, siempre que iguale la mejor propuesta técnica que asegure una óptima transmisión o excelente servicio, según el caso*”.

⁹ Para este caso en particular, se consideran como posturas similares tanto a la que obtiene el mayor puntaje como a todas las que obtengan hasta cinco puntos menos respecto de este máximo.

10. En cuanto al mercado afectado, es necesario recordar lo establecido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 112/2011¹⁰, en la que dicho tribunal define que:

“...en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente. En el caso de autos, los bienes licitados corresponden a los derechos a usar cierta porción del espectro radioeléctrico para las localidades a asignar en el respectivo concurso. Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso”¹¹.

11. Por lo tanto, aplicando el precepto anterior a la presente denuncia, puede establecerse que cada uno de los llamados a concurso para las localidades denunciadas tiene un mercado relevante distinto, conformado por una zona geográfica particular y unas exigencias legales específicas, no obstante que en este último caso las regulaciones tienden a ser similares entre los procesos realizados en un mismo cuatrimestre. Todo lo anterior implica que es necesario analizar la denuncia para cada localidad en particular.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

12. De acuerdo a los términos de la denuncia, los postulantes a las licitaciones de radiodifusión sonora presentarían propuestas técnicas similares entre sí, de modo que, luego de la calificación realizada por la SUBTEL, existirían dos o más propuestas con puntajes similares que forzarían el sorteo contemplado en la normativa. Todavía más, esta conducta sería reiterada

Cabe destacar que el sorteo es enteramente al azar: los postulantes seleccionados sacan de una tómbola una bola que contiene un número, siendo adjudicado quien obtenga la bola con la mayor cifra.

¹⁰ Causa Rol N “C 194-09 - Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros” de fecha 22 de junio de 2011.

¹¹ Ibidem anterior, considerando Cuadragésimo Quinto.

por algunos postulantes en diversas localidades, y en otros casos sería exclusivamente para una única localidad.

13. En particular, la igualdad de las ofertas técnicas se conseguiría utilizando al mismo representante técnico, profesional que, para lograr el objetivo planteado por su contratante, uniformaría los aspectos técnicos entre los diversos proyectos, tales como: la ubicación de la planta transmisora, las características del sistema radiante y la altura del centro de radiación¹².
14. Pues bien, de acuerdo al artículo 13 de la LGT¹³, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, durante el primer mes de cada cuatrimestre calendario, deberá llamar a concurso público para todas las localidades que se le hubiesen solicitado y también para aquellas concesiones cuya caducidad se hubiese declarado durante el período que medie entre uno y otro concurso, llamado que deberá ser publicado en el Diario Oficial.
15. Las bases de estos concursos son aprobadas por la SUBTEL y regulan el método o fórmula de evaluación de las postulaciones, sólo pudiendo tener en consideración los criterios técnicos de transmisión o prestación del servicio.
16. En cuanto a los procesos objeto de la denuncia, la misma se refiere a tres concursos: dos correspondientes al segundo y al tercer cuatrimestre del año 2011 y uno al primer cuatrimestre del año 2012, cada uno de los cuales está compuesto por diferentes localidades en las que se presentaron distintas empresas, según se muestra en el Cuadro N°1. En consecuencia,

¹² Incluso algunos de estos parámetros pueden estar ya determinados por el concursante. Por ejemplo, en caso que el postulante tenga una ubicación para la antena, el representante técnico trabaja con ese supuesto para determinar el resto de los parámetros, en particular la cobertura de la señal.

¹³ “El Ministerio, durante el primer mes de cada cuatrimestre calendario, deberá llamar a concurso por todas las concesiones que se le hubiesen solicitado y por aquellas cuya caducidad se hubiese declarado, durante el período que medie entre uno y otro concurso.

Se excluirán de concurso las frecuencias que la Subsecretaría, por resolución técnicamente fundada, declare no estar disponibles. Esta resolución deberá publicarse, por una sola vez en el Diario Oficial correspondiente al día 1° ó 15 del mes inmediatamente siguiente y si alguno de éstos fuere inhábil al día siguiente hábil.”

la denuncia se refiere a una presunta participación coordinada entre veintisiete empresas - de un total de cincuenta y ocho- que se presentaron en aquellos procesos cuyos representantes técnicos coinciden.

Cuadro N° 1
Localidades denunciadas y respectivos concursos

Concurso	Localidades ¹⁴ (Regiones)
Segundo Cuatrimestre 2011 Publicado en el Diario Oficial: 16.05.2011	Pichilemu (Región del General Libertador Bernardo O'Higgins), Collipulli (Región del Biobío), Curacautín, Trovolhue (Región de la Araucanía), y Coyhaique (Región de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo).
Tercer Cuatrimestre 2011 Publicado en el Diario Oficial: 15.09.2011	Putendo, Cartagena (Región de Valparaíso), Villa Prat (Región del Maule), Santa Bárbara, Cañete (Región del Biobío), Victoria, Villarrica (Región de la Araucanía), Quellón (Región de los Lagos).
Primer Cuatrimestre 2012 Publicado en el Diario Oficial: 16.01.2012	Pica (Región de Arica-Parinacota), Santa Cruz (Región del Libertador General Bernardo O'Higgins), Curepto (Región del Maule) y Cabrero (Región del Biobío).

Fuente: Elaboración propia sobre la base de denuncia de SUBTEL.

17. Dadas las características de los hechos descritos en la denuncia, cabe analizar cuáles son las consecuencias de asumir la existencia de un acuerdo colusorio, considerando en particular las condiciones que presentan los concursos de radiodifusión sonora en examen.

18. Es importante destacar que la característica principal de este tipo de concursos es que el sorteo al que se llega en caso de empate de puntajes es enteramente al azar, por lo tanto, todos los partícipes tienen la misma probabilidad de ganar. En consecuencia, si se asume que estos partícipes están coordinados para llegar al sorteo, también se asume que el ganador del sorteo es indiferente para los miembros del acuerdo. Es decir, da lo mismo quién gane, siempre y cuando pertenezca al mismo grupo de interés.

19. Analizados los procesos de concurso materia de la denuncia, se observaron dos tipos de situaciones, las que se examinan a continuación¹⁵.

¹⁴ Ordenadas de norte a sur en cada concurso cuatrimestral.

¹⁵ No se analiza el caso de la localidad de Villarrica (Frecuencia 97,1 MHz) pues, y conforme al dictamen N°076828 de la Contraloría General de la República de fecha 07 de diciembre de 2011, que permite renovar una concesión de radiodifusión sonora aun cuando su titular no se hubiere

a) Concursos en los que un representante técnico realiza el proyecto para dos o más empresas¹⁶

20. En esta situación, de existir algún tipo de coordinación en un concurso, podría argumentarse que ella se elaboraría a nivel de empresas participantes, las que contratarían a un mismo representante técnico con el objeto de igualar sus puntajes y poder forzar, de esa manera, la realización de un concurso.
21. Bajo esta hipótesis es posible advertir once localidades: Cabrero, Cañete, Collipulli, Coyhaique, Curacautín, Curepto, Pica, Quellón, Santa Bárbara, Victoria y Villa Prat. A su vez, en estas once locaciones hay dos tipos de situaciones que se deben distinguir.
22. Un primer tipo de caso¹⁷, corresponde a aquellos concursos en que hay tres o más representantes técnicos, situación en que la posibilidad de coordinación es baja, pues, en la medida que hay otros partícipes que puedan aumentar el universo de entidades pueden presentar ofertas y eventualmente llegar al sorteo, no sólo se requeriría coordinación entre las empresas sino que además entre los representantes técnicos cuyos puntajes de los proyectos se asemejan.
23. El segundo tipo de caso, se da en dos concursos: Quellón y Villa Prat, a los que concurren sólo dos representantes técnicos incluyendo al que representa a dos o más empresas. Sin embargo, en este caso, en ambos escenarios, el otro representante técnico no logró el puntaje necesario para acceder al sorteo¹⁸.

presentado al primer certamen de convocatoria, esta localidad fue asignada a Iberoamericana Radio Chile S.A. quien, en su calidad de renovante, obtuvo el máximo puntaje.

¹⁶ Para ver un listado de las empresas ver Anexo [1].

¹⁷ Nueve concursos (Cabrero, Cañete, Collipulli, Coyhaique, Curacautín, Curepto, Pica, Santa Bárbara, y Victoria).

¹⁸ [2]

24. Sin perjuicio de lo anterior, para que finalmente los partícipes del acuerdo puedan con certeza obtener la concesión, también necesitarían que la totalidad de los oferentes en estos concursos formaran parte del grupo coordinado, lo que tampoco parece ser el caso, puesto que en la mayoría de los concursos se observa la presencia de otras ofertas con representantes técnicos distintos a los mencionados.
25. Más aun, al ser concursos públicos, no existe impedimento alguno para que un tercero también presente postulaciones, lo que torna menos probable la obtención de la “recompensa” por el acuerdo, estimándose además que para la mayoría de estos concursos los costos de participar son bajos y uniformes para todos los postulantes¹⁹.

b) Concursos con dos o más representantes técnicos realizando cada uno el proyecto para dos o más empresas

26. Esta situación supone que serían algunos representantes técnicos quienes se estarían coordinando entre sí²⁰, por cuanto el actuar conjunto de dichos profesionales lograría aunar los puntajes del grupo de empresas que cada uno de ellos representa, forzando con ello el sorteo. Para este caso se examinarán dos situaciones: la primera, la necesidad de forzar un concurso para que todos los agentes puedan participar en el sorteo, y la segunda, -que se avoca en la segunda parte de la denuncia-, esto es, la eventualidad de una posterior transferencia de las concesiones adjudicadas.
27. Esta hipótesis se examina para los seis restantes concursos: Cartagena, Pichilemu, Putaendo, Santa Cruz, y Trolvolhue, según se describe en el siguiente Cuadro N°2:

¹⁹ Un postulante debe incurrir en los costos propios de presentación de la propuesta, cuyo mayor componente en términos monetarios corresponde al estudio técnico, el que, de acuerdo a las declaraciones prestadas ante esta División, no supera los \$800.000, aproximadamente, teniendo el resto de los costos, tanto en términos monetarios como de tiempo, bastante menor relevancia en comparación al ítem indicado.

²⁰ En este caso también es posible pensar que las empresas se podrían estar coordinando a través de los representantes técnicos, pero ello también supone, necesariamente, que éstos formarían parte del posible acuerdo, por cuanto de otra forma no se obtendría igualdad en los puntajes.

Cuadro N°2
Localidades con dos o más representantes técnicos realizando cada uno el proyecto para dos o más empresas

LOCALIDAD/ Representante	N° Empresas representadas
CARTAGENA	16
[3]	3
[3]	1
[3]	2
[3]	4
[3]	1
[3]	5
PICHILEMU	7
[3]	3
[3]	2
[3]	2
PUTAENDO	10
[3]	1
[3]	2
[3]	4
[3]	2
[3]	1
SANTA CRUZ	16
[3]	1
[3]	3
[3]	4
[3]	2
[3]	6
TROVOLHUE	5
[3]	3
[3]	2

Fuente: Elaboración propia sobre la base de denuncia de SUBTEL.

28. En estos casos, los puntajes de los representantes técnicos que signan los proyectos de dos o más empresas y que además lograron acceder al sorteo, son los que se indican en el siguiente Cuadro N°3:

Cuadro N°3
Puntajes obtenidos en localidades en las que los representantes técnicos realizaron proyectos para más de una sociedad

LOCALIDAD/Representante Técnico	N° empresas que representa	Puntaje de sus representadas
CARTAGENA		
[4]	3	92, 92 y 82
[4]	2	93 y 93
PICHILEMU		
[4]	3	96, 96 y 91
[4]	2	96 y 96
[4]	2	96 y 94
PUTAENDO		
[4]	2	74 y 73
SANTA CRUZ		
[4]	4	87, 0, 87 y 87
TROVOLHUE		
[4]	2	90 y 90
[4]	2	93 y 90

Fuente: Elaboración propia sobre la base de denuncia de SUBTEL.

29. Pues bien, y dadas las situaciones antes descritas, esta División citó a los representantes técnicos, expresando todos ellos que la elaboración de los informes respondía a estrictos estándares técnicos ya definidos por la SUBTEL y a la prestación de servicios profesionales solicitados por los postulantes, servicios que, según sus declaraciones, bajo ninguna perspectiva habrían sido cometidos para forzar la realización de un concurso, que además, según ellos mismos ya conocen, es asignado de manera azarosa, sin poder ellos, en caso de estar de acuerdo, controlar su resultado²¹.
30. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía también analizó la posibilidad de que se tratase de una coordinación entre algunos representantes técnicos como estrategia para participar y luego repartirse las concesiones obtenidas

²¹ Además de examinar los hechos denunciados referidos a la presentación de ofertas técnicas similares, esta División analizó otros antecedentes relativos a los participantes en los concursos. Si bien no se observaron antecedentes que sugirieran de manera irrefutable la existencia de una coordinación entre los concursantes, esta División pudo advertir ciertas circunstancias que podrían facilitar la coordinación entre concursantes para algunos procesos. Dichas particularidades se relacionan, por ejemplo, con la existencia de vínculos societarios entre los representantes técnicos y las sociedades que representan o entre las sociedades concursantes, y vínculos de parentesco entre los partícipes, según se detalla en [5].

entre ellos, por lo que se procedió a analizar a aquellos que coinciden en diferentes concursos con una mayor frecuencia: **[6]**.

31. Ambos se presentaron de forma simultánea, cada uno como representante técnico de dos o más proyectos, en los concursos de Cartagena, Pichilemu y Santa Cruz.
32. Al comparar los puntajes de estos dos representantes técnicos en estas localidades, se advierte sólo una situación de similitud de puntajes, en particular para el concurso de la localidad de Pichilemu, según lo demuestra el siguiente Cuadro N°4:

**Cuadro N°4
Puntajes obtenidos en la localidad de Pichilemu**

PICHILEMU	
[7]	Puntaje
[7]	96
[7]	96
[7]	91
[7]	
[7]	96
[7]	96
[7]	
[7]	96
[7]	94
[7]	
[7]	91

Fuente: Elaboración propia sobre la base de denuncia de SUBTEL.

33. Por el contrario, para Cartagena y Santa Cruz no se observa la diferencia máxima de cinco puntos entre los grupos de empresas representados por **[8]**, distancia máxima requerida para que sus representadas llegaran al sorteo, por lo que en ambas localidades sólo entrarían al sorteo²² las empresas representadas por **[9]** y aquellas cuyos proyectos técnicos fueron elaborados por otros representantes técnicos.
34. Por lo tanto, analizando lo anterior dentro de la hipótesis sugerida por la denuncia de un posterior reparto que los representantes técnicos **[10]**

²² Los concursos aún no han sido adjudicados por SUBTEL.

estarían conjuntamente forzando a través de un sorteo, no es posible afirmar, con los antecedentes tenidos a la vista, la presencia de un reparto, ya que no se observa una conducta sistemática de ambos en todos los concursos en que tales representantes participaron.

35. Aun más, la LGT contempla²³ que no se podrá efectuar transferencias de concesiones de radiodifusión sino hasta transcurridos dos años desde el plazo de puesta en marcha del servicio. Si bien dicho plazo²⁴ no elimina completamente el riesgo de coordinación en las postulaciones a concesiones de radiofonía, sí disminuye su probabilidad, al dificultar la obtención de un beneficio inmediato para los eventuales coordinados.
36. Finalmente, debe destacarse que la existencia de puntajes similares, tanto para el caso a) como para el caso b) antes analizados, puede ser fácilmente el resultado de otras circunstancias, sin necesidad de una coordinación entre los oferentes. Por ejemplo, las bases de los procesos de concesión contemplan la posibilidad de utilizar torres de estaciones de radiodifusión ya instaladas, con lo que el punto de radiación será el mismo entre postulantes, torre que, además, en varias localidades ya es conocida como la mejor ubicación²⁵.

²³ Artículo 21° inciso segundo: *“En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos, se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada. En el caso de concesiones de radiodifusión sonora, la autorización no podrá solicitarse antes que las obras e instalaciones de la concesión hayan sido autorizadas de conformidad con el artículo 24 A y que hayan transcurrido a lo menos dos años desde la fecha en que se haya iniciado legalmente el servicio. El adquirente quedará sometido a las mismas obligaciones que el concesionario o permisionario, en su caso.”*

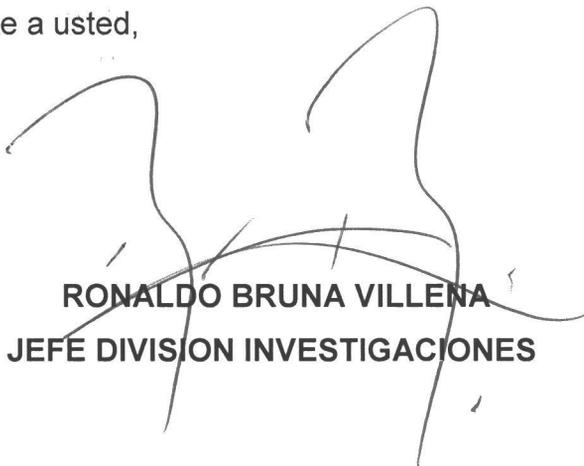
²⁴ También debe considerarse que está el plazo de implementación del servicio desde la fecha de emisión del decreto de concesión, que generalmente es de un máximo de 300 días según bases de licitación.

²⁵ Los declarantes incluso afirman que es posible solicitar a sus dueños el permiso para utilizar dichas infraestructuras, no existiendo impedimento, tampoco, para que varios postulantes soliciten el mismo permiso. Del mismo modo, la información sobre la mejor variedad de antena y equipo transmisor a utilizar en cada localidad son datos de fácil conocimiento entre los representantes técnicos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

37. La denuncia da cuenta de una serie de posibles irregularidades en el marco de concursos públicos de otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de libre recepción, para la asignación de concesiones de radiodifusión sonora en frecuencia modulada, que podrían ser indicios de un ilícito contrario a las normas de libre competencia en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211.
38. En particular, se denuncia la postulación realizada por veintisiete sociedades bajo la premisa que estarían forzando concursos para poder asignarse determinadas zonas de radiodifusión en frecuencia modulada.
39. De acuerdo a los antecedentes recabados por esta División, y en vista de que: (i) la asignación final es dejada enteramente al azar; (ii) existe libre entrada a los concursos y, (iii) una eventual transferencia de la concesión adjudicada no puede hacerse sino después de dos años de la fecha en que se haya iniciado el servicio, no es posible concluir de los antecedentes recabados, por ahora, que existan indicios de un acuerdo ilícito en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211, que ameriten la realización de diligencias de investigación adicionales.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES

AWM