

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 104/2010.

Santiago, trece de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

1. Demanda

1.1. Con fecha 14 de agosto de 2007, a fojas 114, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, también, FNE) interpuso un requerimiento en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A. (ambas, en adelante TMCH o Movistar), Claro Chile S.A. (CLARO), y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (ENTEL PCS), por haber realizado prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los concesionarios de telefonía móvil a través de sistemas de terceros (en adelante, indistintamente, “operadores móviles virtuales” u “OMV”), consistentes en: i) el ejercicio abusivo del derecho, al oponerse injustificadamente al otorgamiento de concesiones de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros; y, ii) la negativa injustificada de una oferta de facilidades para reventa a estos OMV. Señala además la Fiscalía que esta causa tiene origen en una denuncia formulada por el Subsecretario de Telecomunicaciones, en agosto del año 2006;

1.2. Hace presente que la existencia de operadores de telefonía sin red –es decir, que utilizan medios de terceros, está expresamente consagrada en el artículo 26 de la LGT, que establece que “*Los concesionarios de servicios de telecomunicaciones podrán instalar sus propios sistemas o usar los de otras empresas, de acuerdo con las concesiones que les hayan sido otorgadas*”. Señala que la desagregación de redes de telecomunicaciones es un principio asentado por los organismos de defensa de la competencia, incluso a solicitud de las actuales requeridas, y que los OMV precisamente son una alternativa para efectuar esta desagregación de redes;

1.3. Respecto de la primera de las conductas imputadas, señala la FNE que todas las actuales concesionarias del servicio público telefónico móvil, requeridas, formularon oposición a todas las solicitudes de concesión presentadas ante Subtel, por diversas empresas, para operar e ingresar al mercado de la telefonía móvil como OMV. Estas oposiciones fueron presentadas al unísono, con similares argumentos (meramente formales, según la FNE) y esgrimiendo la supuesta ilegalidad de los OMV, sin fundamento alguno. Existiría un evidente ánimo de entorpecer el ingreso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventuales competidores, por lo que constituiría una desviación del fin natural de estas oposiciones a uno ilícito. Estima que la sola iniciación del proceso de oposición, que culmina en sede judicial, importa un retardo importante en el ingreso efectivo de nuevos concesionarios de telefonía móvil, como ha sucedido en el caso del sistema de *trunking* digital;

1.4. Hace presente que la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal contiene una recomendación a Subtel a fin de que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar oferta de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadoras sin redes. De las oposiciones planteadas por las requeridas se desprenderían cuestionamientos tácitos, y en ciertos casos expresos, sobre la legalidad de esa recomendación;

1.5. Señala que el carácter abusivo y exclusorio de las oposiciones es manifiesto, pues su principal argumento es la supuesta ilegalidad de los OMV, mientras que en los mismos escritos de oposición sostienen que, si bien éstos podrían operar con redes de terceros conforme al artículo 26 de la LGT, nada obliga a las requeridas a otorgarles el acceso a las redes;

1.6. Estima que, a través de ATELMO A.G., asociación gremial que reúne a las requeridas, han ejercido anteriormente acciones respecto de proyectos que indirectamente pudieron representar una competencia para los concesionarios móviles, como fue el servicio denominado “Superinalámbrico”, de Telsur;

1.7. Señala también que, en junio del año 2007, el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones rechazó todas las oposiciones interpuestas por las requeridas en contra de las solicitudes de concesión de OMV. Respecto de estas decisiones, ninguna de las requeridas ejerció su derecho a apelar del rechazo a las oposiciones, lo que sólo se explicaría, de acuerdo a la requirente, en el contexto de la investigación que desarrollaba en esa época la FNE, lo infundado de las oposiciones y lo abusivo de su ejercicio;

1.8. Agrega también la FNE que las requeridas han negado absoluta y sistemáticamente la oferta de facilidades para la reventa de planes de los comercializadores que no tienen redes, impidiendo que los OMV se constituyan en nuevos actores de este mercado. Esta práctica de negativa de venta, por parte de empresas con poder de mercado y control sobre instalaciones o insumos esenciales, sólo sería admisible cuando se justifica objetivamente, a juicio de la requirente, el sólo interés comercial de quien detenta poder sobre una instalación esencial no puede considerarse suficiente justificación para negar su venta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.9. En ese sentido, señala que las requeridas no han expresado ninguna razón objetiva para negar la oferta de facilidades mientras que existen antecedentes de reventa de planes para fines de transmisión de datos (GPS, por ejemplo), pero no de voz, lo que demuestra lo injustificado y exclusorio de la conducta;

1.10. A fojas 170, complementando el requerimiento, la FNE indica los casos específicos de negativa injustificada de venta, respecto de las empresas VTR Banda Ancha S.A. Dotcom Telecomunicaciones Ltda., Inversiones Toro Bayo, Gtd Teleductos, Netline Telefónica Móvil Ltda., y Finvest S.A., así como las circunstancias de sus comunicaciones con las requeridas;

1.11. En cuanto al mercado relevante, la FNE considera que está constituido por los servicios analógicos y digitales en telefonía móvil, con carácter nacional, conformado por dos mercados de productos relacionados. En primer término, el de servicios de telefonía móvil, que no poseería sustitutos cercanos, con una estructura oligopólica, fuertemente concentrado, y con condiciones muy desfavorables al ingreso de nuevos competidores por la existencia de barreras a la entrada -acceso a espectro, inversiones en red y en desarrollo de tecnologías asociadas específicas con períodos de recuperación bastante largos, difícilmente replicable, impedimentos legales y medioambientales para la colocación de antenas, costos de cambio de los usuarios, entre otros- y otro mercado accesorio, de la comercialización de aparatos telefónicos móviles. Estos corresponden a un bien durable, esencial e independiente del suministro del servicio, en el que existiría un mayor grado de desafiabilidad por libre importación directa de equipos celulares y la existencia de un mercado de segunda mano o refaccionados;

1.12. Considera la FNE que la desafiabilidad del mercado de servicios de telefonía móvil, por el contrario, es muy reducida, pues un hipotético entrante tardaría no menos de 3 años. Indica que, en los últimos 10 años, no se ha observado la entrada de un nuevo competidor, sino que, por el contrario, solamente procesos de concentración y adquisiciones. También señala que la difícil sustitución del producto, y la fortaleza económica y financiera de los incumbentes hacen creíbles estrategias de predación o exclusión, con efectos disuasivos a la entrada;

1.13. Estima que existen riesgos relevantes de coordinación, dada la relativa estabilidad de participaciones de mercado, sus altas rentabilidades, y el constante flujo de información e interacción entre los actores, al alero de la asociación gremial que las agrupa. En esta última materias, indica que ATELMO A.G. ha actuado anteriormente en defensa de la posición competitiva de sus asociados (citando el caso de NEXTEL);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.14. Por otra parte, la FNE considera que también existe un riesgo relevante de abuso unilateral, pues cada uno de los incumbentes tienen cuota de poder de mercado del que potencialmente pueden abusar;

1.15. Expone el requerimiento otras características del mercado relevante, señalando que los ingresos de las requeridas, sólo por servicio de telefonía pública móvil, entre 2000 a 2006, han aumentado considerablemente (en 83% Entel PCS, 150% en el caso de Claro, y en 101% Movistar). Considera que las altas rentabilidades indicadas, además de constituir un indicio de ejercicio de poder de mercado, si bien hacen muy atractivo el ingreso al mercado, también hacen más creíbles las posibles conductas exclusorias;

1.16. En cuanto a los efectos de las conductas imputadas en el mercado, señala la FNE que, para un cliente de contrato promedio, su cuenta se reduciría en 55% sólo por la baja de los cargos de acceso como efecto del ingreso de los OMV. Para los clientes de prepago, esta reducción sería aún mayor, por el efecto multiplicador de la entrada de nuevos competidores. Concluye que las conductas habrían significado una pérdida social estimada de US\$ 40 millones al año. También cita experiencias internacionales de los efectos logrados por el ingreso de OMV al mercado, en particular en Reino Unido, Corea y Dinamarca;

1.17. En mérito de lo descrito, la Fiscalía Nacional Económica solicita se declare que:

- a) Las requeridas han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los OMV;
- b) Éstas deben abstenerse, en el futuro, de ejecutar conductas como las que se reprochan, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores;
- c) Deberán presentar a este H. Tribunal, en el más breve plazo que se les fije al efecto, una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, en base a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios; y,
- d) Sancionar a cada una de las requeridas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 UTA o la que el H. Tribunal en justicia determine.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Terceros coadyuvantes de la Fiscalía Nacional Económica.

2.1. A fojas 680, se hacen parte los H. Diputados Sres. Jaime Mulet, Uriarte, Sepúlveda y Dittborn, argumentando que la oposición concertada entre las requeridas a las solicitudes de concesión de OMV constituirían prácticas exclusorias, a través de ejercicio abusivo del derecho, para impedir el ingreso de éstos al mercado. Señalan que ya anteriormente las requeridas habían tenido conductas similares, respecto de la empresa Nextel y del sistema “superinalámbrico” de Telsur.

2.2. Consideran que la negativa de venta a los OMV del uso de infraestructura les impide ingresar al mercado, y obstaculiza el desarrollo de un mercado realmente competitivo, lo que ha llevado a precios excesivamente altos por servicios de telefonía móvil. Esta distorsión en el mercado se reflejaría además en cargos de acceso excesivos, en perjuicio a los clientes de prepago, la falta de portabilidad numérica, una gran variedad de planes opacos y que sólo dan apariencia de competencia. Sin embargo Telefónica, por ejemplo, opera como OMV en Inglaterra y Alemania, a través de la marca O2;

2.3. Solicitan sancionar a requeridas en los términos solicitados por la FNE y, además:

- a) Sin anular los decretos tarifarios fijados por la autoridad, se ordene que las empresas operadoras de telefonía móvil reduzcan el valor de sus cargos de acceso hasta que éstos sean compatibles con los precios que ellas mismas cobran en los servicios desregulados, de modo de reestablecer las condiciones competitivas del mercado de telefonía móvil,
- b) Se recomiende al Supremo Gobierno modificar la Ley General de Telecomunicaciones, para admitir que se pueda regular el precio máximo de los servicios de prepago y de los planes ofrecidos al público;
- c) Se ordene a las autoridades pertinentes la más pronta implementación de la portabilidad numérica, en la medida que su costo sea razonable y no impacte significativamente el precio del servicio; y
- d) Se ordene transparentar los planes al público.

2.4. Asimismo, a fojas 777 se hace parte la empresa Netline Telefónica Móvil Ltda. indicando que, en octubre del año 2006, presentó ante Subtel una solicitud de concesión de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros y que, en diciembre de ese año, las requeridas Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A. -en escritos separados- y Claro, se opusieron al otorgamiento de dicha concesión. Luego, en enero de 2007, Entel PCS también se opuso a su solicitud. Estas oposiciones fueron rechazó totalmente, por Res. Ex. Nº 766 del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de junio de 2007, por carecer de interés legítimo;

2.5. Hace presente que, además, las requeridas se han opuesto a todas y cada una de las solicitudes de concesión de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros y que, durante la tramitación de las dichas solicitudes, han efectuado otras presentaciones a Subtel tendientes a evitar el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil;

2.6. Describe que, a partir del año 2005, se estableció la legalidad de los OMV y su conveniencia para el mercado, el desarrollo y fomento de la competencia. Desde ese mismo año habría quedado establecida también la obligación de las requeridas de suministrar facilidades de acceso y entregar ofertas de facilidades para tal fin. Considera incomprensible entonces que las operadoras establecidas argumenten la ilegalidad de la operación de los OMV, y funden en ello sus oposiciones;

2.7. Señala que, sin embargo, durante años Movistar (CTC Comunicaciones Móviles S.A. y sus continuadoras) ha mantenido un contrato de “Uso de Servicio Nacional de Roaming Automático” con Bellsouth Comunicaciones S.A., lo que incluso declaró en su presentación a la consulta pública sobre Servicios de Desagregación de Redes y Reventa, efectuada por Subtel, que no sería otra cosa que el suministro de facilidades para el uso de infraestructura por terceros. Esto demostraría que el interés de las operadoras establecidas para oponerse no era legítimo, sino que únicamente buscaban retardar el ingreso de los OMV al mercado;

2.8. Por otra parte, afirma que desde enero del año 2007 a la fecha ninguna de las requeridas les ha otorgado servicios ni facilidades de acceso, a pesar de habérselo solicitado en diversas oportunidades. Describe sus infructuosas y dilatadas comunicaciones con Entel PCS y TME para acceder a operación como OMV, mientras que Claro no ha contestado sus requerimientos ni accedido a reunirse al efecto;

2.9. Considera que existe una conducta de negativa absoluta y sistemática a contratar, así como prácticas realizadas por las requeridas para obstaculizar el proceso, como retener información técnica que permita conocer alternativas al servicio solicitado, exigencia de términos y condiciones no razonables, demora injustificada en la realización de exámenes o reportes para la prestación del servicio y demora injustificada en otorgar el suministro. También hace presente la posibilidad de que la exclusión se produzca mediante prácticas concertadas, como “conspiración para monopolizar”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.10. Señala que estas prácticas exclusorias terminan estableciendo una barrera estratégica de entrada al mercado relevante, manteniendo artificialmente la posición de dominio de las operadoras establecidas, en un mercado que ya se caracteriza por contar con importantes barreras de entrada, como la demora en la tramitación de autorizaciones, escasez de espectro, dificultades para desplegar nuevas redes, y grandes costos hundidos, entre otros;

2.11. Por lo anterior, solicita acoger el requerimiento de la FNE y sancionar a las requeridas con el máximo de las multas contempladas en el DL N° 211;

3. Contestación de Claro Chile S.A.

3.1. Con fecha 16 de noviembre de 2007, a fojas 184, contesta el requerimiento Claro Chile S.A. (en adelante, "Claro"), solicitando su rechazo con expresa condena en costas, fundado en los antecedentes y argumentos que a continuación se describen;

3.2. Argumenta Claro que ha sido la empresa desafiante en este mercado altamente competitivo, realizando esfuerzos económicos y tecnológicos para lograr una participación de mercado que, en todo caso, no podría ser calificada como dominante pues -a esa época- contaba sólo con un 18% del mercado de la telefonía móvil, frente a un 44% de Movistar y un 38% de Entel PCS, y es la empresa que presenta mayor *churn* (tasa de cambio de usuarios) y menor ARPU (*average revenue per user*, o ingresos promedio por usuario). Adicionalmente, la incorporación de nuevas tecnologías han permitido o permitirán ingresar a este mercado a nuevos actores a este mercado;

3.3. Señala que en abril de 2007 implementó su nueva red de tecnología GSM, con cobertura nacional, la cual pasó a convertirse en la más avanzada de Chile y Latinoamérica. La nueva plataforma tecnológica representó una inversión equivalente a US\$ 300 millones, que incluye además nuevas sucursales de atención al cliente y centros de conmutación. Similares cambios tecnológicos han sido implementados por la empresa competidora Movistar, por lo que estas inversiones serían imprescindibles para que Claro pueda constituir una alternativa de competencia y actuar como un verdadero "desafiante". Por otra parte, Claro se adjudicó la licitación de 25 Mhz, en la banda de 800 Mhz, de Movistar;

3.4. Explica Claro que la es empresa de telefonía móvil que tiene mayores incentivos para alcanzar un acuerdo de colaboración con un OMV, para así reducir su *churn* y expandir el mercado. No obstante, señala que ningún OMV se habría acercado para negociar el arriendo de espectro o el uso de las instalaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Considera, en ese sentido, que el requerimiento ignora completamente los incentivos económicos para que un OME negocie con un OMV;

3.5. En cuanto al mercado relevante en análisis, considera que corresponde al de “servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio de la República de Chile”, la que sería coincidente con la definición presentada por la FNE en el requerimiento. Hace presente que existen dos concesiones públicas otorgadas respecto de servicio público de telefonía fija inalámbrica (WIMAX) que, por sus características técnicas, su movilidad y la posibilidad de transmisión de voz, datos e imagen, son sustitutos de la telefonía móvil. Asimismo, otros sistemas de telefonía fija inalámbrica (“Superinalámbrico”, de Telsur), tienen la misma movilidad y similares prestaciones que un teléfono móvil, por lo que también forman parte del mercado relevante del producto. En ese sentido, estima que el desarrollo tecnológico ha hecho que el mercado relevante del producto se modifique en pocos años;

3.6. Coincide también con lo establecido por este H. Tribunal en la Res. 2/2005, en orden a que la principal barrera a la entrada de la telefonía móvil es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, pero señala que en mercados como son los de las comunicaciones, incluso las barreras elevadas pierden importancia por el constante progreso tecnológico, y los potenciales competidores innovadores lo hacen desafiante;

3.7. Por otra parte, argumenta que no es efectivo que el ingreso de los OMV al mercado produzca necesariamente una disminución en los precios al consumidor, como asume la requirente, y que, por el contrario incluso puede haber alzas de precios. Si bien los OMV podrían permitir que se profundice el mercado de la telefonía celular –lo que no es tan relevante dado los altos índices de penetración en Chile- presenta el riesgo que los OMV terminan compitiendo por los mismos clientes que el OME, con lo cual no se profundiza ni ensancha el mercado.

3.8. Señala también que los operadores de telefonía móvil establecidos (en adelante, “OME”) no califican como monopolio natural ni como una instalación esencial, toda vez que la competencia en estos servicios es intensa. En ese sentido, una intervención regulatoria como la solicitada por la FNE sólo se justifica cuando exista una falla de mercado, lo que a su juicio no sucedería;

3.9. Explica que, a partir de la interpretación que se había dado por la industria al artículo 26 de la LGT, no existían en nuestro país concesionarias de servicios públicos de telefonía móvil sin instalaciones. Esta situación recién fue modificada por la Res. N° 2/2005, de este Tribunal, que recomienda a la Subsecretaría de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Telecomunicaciones que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes. A partir de esa época, algunos terceros interesados comenzaron a solicitar a la autoridad concesiones de OMV, lo que motivó la dictación por Subtel de la Res. Ex. N° 1583, publicada en el Diario Oficial del 3 de marzo de 2006, que aclaró que las limitaciones a la cantidad máxima de concesionarias móviles se refiere únicamente a aquéllas cuyas concesiones contemplan la titularidad en el uso y goce de los correspondientes bloques de frecuencia y no, por ende, a las concesionarias que empleen medios de terceros. Luego de lo cual aumentó el número de interesados en obtener concesiones de OMV, y fueron aceptadas a tramitación por la SUBTEL. Considera que existía un evidente vacío legal, ya que no existía ninguna claridad de la regulación de este tipo de concesiones, lo que habría producido una serie de problemas o interrogantes, tales como incumplimiento de los requisitos técnicos y legales de las exigencias para ser concesionarios de servicio público de telefonía móvil, existencia de una supuesta obligación de un OME de facilitar medios a una OMV sin regular las contraprestaciones o la responsabilidad por morosidad de los usuarios, entre otras. Considera que, frente a ese escenario de incertidumbre, hizo ejercicio de su legítimo derecho a oponerse a las concesiones solicitadas por OMV;

3.10. Argumenta también que esa incertidumbre regulatoria habría sido reconocida por la propia SUBTEL, al dictar la Res. Ex. N°1667, publicada el día 30 de diciembre de 2006, que *“Determina sentido y alcance del inciso final del artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones y del Artículo 32 del Plan Técnico Fundamental de Encaminamiento Telefónico, en relación con los concesionarios de servicio público telefónico que lo exploten bajo la modalidad de reventa”*. Señala la requerida que dicho acto administrativo entregaba certezas mínimas en dichas materias, lo que motivó la decisión de no formular nuevas oposiciones a otras concesiones de OMV, desde la fecha en que tomó conocimiento de esa Resolución;

3.11. Indica que no es efectivo que Claro se haya opuesto a todas las solicitudes de concesión de OMV, pues se podrá también constatar que, a partir del 30 de diciembre del año 2006, no presentó nuevas oposiciones ni entablo recursos administrativos o judiciales respecto de las resoluciones que rechazaron sus oposiciones ni de las que otorgaron las concesiones. No obstante –a la fecha de contestación del requerimiento- ningún OMV está en condiciones de operar, por trámites o cuestiones no imputables a las requeridas;

3.12. Expresa que es falso que VTR Banda Ancha S.A. le haya solicitado “iniciar negociaciones” para operar como OMV, como señala el requerimiento. Por el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrario, sólo le “*solicita información acerca de las condiciones económicas y comerciales de suministro de las facilidades destinadas a la reventa del servicio público telefónico móvil*”. En ese sentido, VTR Banda Ancha habría reconocido que a la fecha de su solicitud no disponía de una concesión de OMV, de modo que forzosamente se debe concluir que su conducta no puede ser calificada como una negativa de venta u otra conducta reprochable a luz de la libre competencia. Por otra parte, estima que la solicitud estaba redactada en términos tales que pretendía imponer condiciones a Claro para efectuar una improcedente “oferta de facilidades”, estableciendo incluso el precio;

3.13. Respecto del caso de la empresa Netline, afirma que ha revisado la correspondencia recibida y no ha podido encontrar la carta a la cual se refiere la FNE en su requerimiento. La FNE cita también el caso de la empresa Finvest S.A. aún cuando este OMV sólo habría enviado cartas a las demás OME y no a Claro. Considera que, aún si los hechos que la FNE imputa a Claro fueran ciertos, no resultan suficientes para establecer una negativa de venta absoluta y sistemática.

3.14. Argumenta además que esas dos actuaciones señaladas precedentemente de ninguna forma constituyen una exclusión de la competencia, pues Claro no tiene obligación legal de formular una oferta de facilidades. Por el contrario, en el mercado de la telefonía móvil existen actualmente tres redes correspondientes a las tres OME, sin perjuicio de otros sustitutos, y ningún actor del mercado se haya obligado *per se* a formular tales ofertas, sino que es la autoridad –vía ley o reglamento- quién debe ordenarlo. Así, los OMV que deseen operar a través de sus redes deberán negociar caso a caso las condiciones pertinentes con uno o más OME, como expresamente se reconoce en las resoluciones que rechazaron sus oposiciones;

3.15. Considera que, aún en el evento hipotético que las oposiciones de CLARO pudieren ser calificadas como abusivas, en ningún caso podrían tener la aptitud de lograr una posición de dominio, pues la circunstancia de que se paralizara el ingreso de las OMV al mercado relevante no le permitiría por sí sola incrementar la participación que CLARO mantiene en el mercado;

3.16. Hace presente que la FNE objeta que las oposiciones de los OME hayan sido presentadas “de manera coincidente y en forma coetánea”, lo que resulta insostenible considerando que existen breves plazo legales para ejercer el derecho a oposición, siendo habitual que ello ocurra el último día, por ser plazos fatales. Considera que, en el caso en análisis, no concurre ninguno de los criterios necesarios para calificar como ilícito el ejercicio de las respectivas oposiciones a las solicitudes de OMV y que, por el contrario, resulta evidente la razonabilidad de éstas pues plantean legítimas dudas respecto a la plausibilidad de que el solicitante señale

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que las facilidades de conmutación, transmisión y planta externa serían arrendadas a terceros –los OME– lo que se verificaría al “recibir las obras”, mediante la presentación de contratos convenidos con las concesionarias.

3.17. Señala que la demora en la obtención de concesiones de los OMV no le es imputable, pues no tuvo un comportamiento dilatorio en el procedimiento administrativo. Por el contrario, incluso solicitó a Subtel -con fecha 10 de octubre de 2006- que se fallaran derechamente las oposiciones. También sería incidiario de la disposición de CLARO a no entrar en dilaciones el que no haya recurrido de las resoluciones de Subtel, por considerar que la Res. Exenta N°1.667 aclaraba precisamente los vacíos regulatorios indicados en sus oposiciones;

3.18. Por otra parte, considera que el acceso a la infraestructura de un OME por un OMV debe ser un proceso negociado, y afirma que no se ha negado a negociar con ningún OMV, pero ninguno de ellos se ha acercado a negociar un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Asimismo, la negativa de un OME de entregar acceso a infraestructura o servicios a un OMV no impide el acceso de éste al mercado, pues la infraestructura de CLARO no es monopólica, ni puede ser considerada como instalación esencial, y nada impide que éste último vaya a obtener acceso a la red de otro operador móvil existente. Considera entonces que un posible acuerdo entre un OME y un OMV enfrenta un problema de incentivos. Un concesionario de telefonía móvil que tenga un acuerdo con un OMV comparte con otros concesionarios existentes los menores ingresos que origina un nuevo entrante, lo que puede mitigar el impacto en los ingresos del nuevo competidor. Pero el incentivo es precisamente llegar a acuerdo con un OMV: si hay acuerdo, el operador existente tendrá ingresos al por mayor que le pueden compensar una posible pérdida en ingresos causado por el OMV “entrante” y, así, existe el incentivo para ser el primer concesionario móvil en llegar a acuerdo de acceso con un OMV. Así, la competencia entre los OME bastaría para que ofrezcan y lleguen a acuerdos con los OMV, y CLARO -dados sus ARPU y *churn*- es la empresa con mayores incentivos para suscribir acuerdos con un éstos, siempre que exista una certidumbre regulatoria;

3.19. Estima que no se puede calificar su conducta como “negativa de venta” a quien se ha limitado a solicitar información general. No se cumplirían los requisitos de la jurisprudencia chilena sobre negativa de venta, ni existe obligación o deber de CLARO de realizar una “oferta de facilidades” si Subtel no ha establecido –mediante una ley o reglamento- la obligación de los OME de efectuar oferta de facilidades;

3.20. Por otro parte, rechaza la imputación de algún tipo de coordinación entre las requeridas. Afirma que, por su calidad de desafiante y su menor participación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado, mantiene agresivas políticas comerciales, lo que da cuenta además de que se trata de un mercado altamente competitivo y desafiante. Considera que el número de operadores y concentración del espectro son situaciones que derivan de la forma en que el mercado se ha conformado desde su origen, de las normas sobre el otorgamiento de concesiones y de la política implementada por la autoridad sectorial, condiciones que no le son imputables;

3.21. Hace presente que no todo acto de competencia desleal quedaría comprendido dentro del ilícito anticompetitivo sancionado por el D.L. N° 211, sino que requiere que el acto tenga por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio, elemento subjetivo de la conducta. En ese sentido, la conducta imputada a CLARO no sería idónea para configurar el tipo infraccional antimonopolios, aún cuando fuera de aquellas del ámbito de las sancionadas por la Ley N° 20.169. Bajo esta argumentación, plantea la incompetencia absoluta este Tribunal para conocer este capítulo del requerimiento respecto de CLARO, pues el juez llamado por dicha ley a conocer de la materia sería un Juez de Letras en lo Civil;

3.22. En consecuencia de lo expuesto, solicita se rechace en todas sus partes el requerimiento. En subsidio de las alegaciones y defensas expuestas, formula excepciones en relación a los montos de las multas solicitadas por la FNE: (i) considera que existe una norma especial en materia de multas por competencia desleal, establecida en la Ley N° 20.169, cuyos montos van de 2 a 1.000 UTM, y que prima por sobre el artículo 26 c) del DL 211; y, (ii) existiría una falta de proporcionalidad en la multa solicitada por la FNE respecto de las otras empresas requeridas;

4. Contestación de Entel PCS

4.1. Con fecha 16 de noviembre de 2007, a fojas 279, rola la contestación al requerimiento de Entel PCS Ltda. (en adelante, Entel PCS), solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los antecedentes y argumentos siguientes;

4.2. Considera que el requerimiento omite información esencial para que este H. Tribunal emita un pronunciamiento en esta causa. Luego de que Subtel formulara su denuncia a la Fiscalía, esa autoridad habría modificado su criterio y reconocido la legítima incertidumbre regulatoria en el sector, lo que lleva a dictar la Resolución N° 1.667, de diciembre de 2006, que esclareció el régimen aplicable a los OMV. Esa incertidumbre sería la que, además, retrasó el fallo de las oposiciones a las solicitudes de concesión de OMV presentadas por Entel PCS pues, aún cuando la Ley General de Telecomunicaciones establece un procedimiento sumarísimo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resolución (de sólo 90 días), Subtel tardó más de 300 días, por lo que el atraso en el ingreso de los OMV al mercado no sería atribuible a esta empresa;

4.3. Señala que el requerimiento omite también que, una vez dictada la Resolución N°1.667, Entel PCS no presentó nuevas oposiciones y que, luego de que Subtel rechazara las interpuestas, no apeló de las respectivas resoluciones ni objetó, en sede administrativa, los decretos que otorgaron concesiones a los OMV;

4.4. En cuanto a la supuesta negativa de venta imputada, señala que la FNE descontextualiza y cita parcialmente las cartas enviadas por Entel PCS a distintos OMV en respuesta a solicitudes de éstos para una oferta de facilidades esenciales, omitiendo señalar que contenían una invitación explícita a negociar. Por otra parte, considera que no es posible establecer simplemente una “oferta de facilidades”, como solicita el requerimiento, por cuanto existen distintos modelos de negocios de OMV, con requerimientos muy distintos unos de otros, y quienes deben proponer modelos de negocios a las empresas son los interesados en constituirse como OMV;

4.5. Considera que el requerimiento se refiere a una serie de riesgos para la competencia que se derivarían del supuesto carácter oligopólico del mercado de la telefonía móvil, fuertemente concentrado y con condiciones desfavorables a la entrada a esta industria. Sin embargo, en la realidad, los supuestos riesgos son inexistentes;

4.6. Estima que, luego de la dictación de la Resolución N°1.667 y el establecimiento de un marco regulatorio para la acción de los OMV, puede afirmarse que no existen barreras legales a la entrada de nuevos actores al mercado de la telefonía móvil. A lo anterior agrega que la autoridad cuenta con espectro disponible, como lo muestra el concurso público de espectro para la prestación de los denominados “Servicios 3G”, en adición a más espectro que la autoridad podría liberar en cualquier tiempo que lo estime necesario;

4.7. En cuanto a los costos de despliegue de redes, argumenta que si efectivamente constituyeran una barrera de entrada infranqueable no se entiende que Entel PCS haya podido entrar a la industria a partir de cero, pues debió construir redes sin que haya solicitado ni se le haya otorgado acceso a las instalaciones de terceros;

4.8. Considera que la autoridad regulatoria sectorial optó por un modelo de desarrollo de la telefonía móvil basado en la competencia entre redes, en oposición a medidas de desagregación forzosas. Así, el número máximo de competidores fue determinado por las asignaciones de espectro radioeléctrico realizadas por la misma autoridad y validadas por la Resolución N°2/2005 de este H. Tribunal. Por otra parte,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resultaría paradójal que la oferta de facilidades esenciales no se haya perseguido por la Fiscalía respecto de servicios cuyos grados de penetración y competencia son significativamente menores, como de internet y la televisión por cable;

4.9. Describe el mercado de telefonía móvil, en que la oferta ha aumentado significativamente, tanto en cantidad como en calidad, y donde los actores han variado sus participaciones de mercado, con una alta tasa de cambio de una compañía a otra, y concluye que el modelo actual ha permitido el desarrollo eficiente de esta industria en un ambiente altamente competitivo;

4.10. Estima que si las oposiciones a concesiones de OMV hubiesen carecido totalmente de fundamento, la autoridad pudo rechazarlas de manera inmediata y, no obstante, (i) tomó seis meses para dictar una resolución que vino precisamente a clarificar el marco regulatorio aplicable; (ii) más de cinco meses más en resolver finalmente las oposiciones interpuestas; y, (iii) el tiempo adicional que tomó para dictar los respectivos decretos de concesión, sin que ninguno de estos retrasos sea imputable a Entel PCS;

4.11. Indica que la acusación de la Fiscalía asume que Entel PCS se encuentra obligada a mantener lo que denomina una “oferta de facilidades” para la reventa de planes de minutos por comercializadores sin redes. Esta obligación carecería de fundamento legal y reglamentario, además de presentar problemas técnicos y desconocer las características del servicio público de telefonía móvil;

4.12. Considera también que la Fiscalía pretende –erróneamente- que su investigación cambió la conducta de Entel PCS luego de la presentación de las oposiciones a concesiones de OMV, cuando lo que efectivamente ocurrió es que, luego de dictarse la referida Res. N°1.667 de Subtel, se puso fin a la incertidumbre regulatoria en que éstas se fundaban, y no existían razones para apelar de la decisión de Subtel ni para interponer nuevas oposiciones;

4.13. En cuanto a la supuesta coordinación entre las requeridas, imputada por la FNE, hace presente que si el fundamento de derecho es similar (esto es, un escenario de incertidumbre regulatoria), resulta natural que las oposiciones no difieran mayormente entre sí. Éstas se interpusieron en un contexto de incertidumbre regulatoria, por lo que existía un legítimo interés en exponer sus inquietudes por la única vía natural y exclusiva al efecto y Subtel, pudiendo rechazar prontamente las oposiciones si éstas hubiesen carecido de fundamentos, no solo tomó cerca de un año en resolverlas, si no que además debió dictar una resolución interpretativa, con el fin de proporcionar certeza jurídica y resolver las oposiciones. Si efectivamente estas acciones hubieran tenido alguna finalidad exclusoria de parte de Entel PCS, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

camino lógico habría sido impugnar, en sede administrativa e incluso, judicial, esa resolución que abrió el camino a la existencia de los OMV, lo que Entel PCS no hizo;

4.14. En cuanto a la supuesta negativa de venta a VTR, relata que dicha empresa envió a Entel PCS, con fecha 29 de septiembre de 2006, una carta en que solicita información respecto de “las condiciones económicas y comerciales conforme a las cuales Entel PCS suministrará las facilidades destinadas a la reventa del servicio público telefónico móvil a los denominados Operadores Móviles Virtuales”, la que fue respondida con fecha 18 de octubre de 2006, haciendo presente la incertidumbre respecto de la regulación de los OMV y de la futura calidad de concesionario de VTR, toda vez que a esa fecha las oposiciones se encontraban en tramitación y aún no se dictaba la Resolución N°1.667. Señala, asimismo, el error en que incurre esa empresa, toda vez que no existe ninguna obligación legal derivada de la Res. N°02/2005 de suministro de facilidades para otorgar el servicio telefónico móvil. Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, Entel PCS habría manifestado “su mejor voluntad para sostener conversaciones que puedan materializarse en un acuerdo de comercialización”;

4.15. Respecto de la empresa Netline, la carta de respuesta de Entel PCS a su solicitud -de fecha 7 de febrero de 2007- incluye el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del Gerente de Regulación y Proyectos, con el fin de iniciar conversaciones que puedan materializarse en un acuerdo, y afirma que se encuentra en conversaciones con dicha empresa, aunque aún en un estado muy preliminar;

4.16. Por otra parte, en noviembre de 2006, la empresa Finvest solicitó una oferta de facilidades para la compra de minutos, detallando una serie de facilidades. Entel PCS contestó con fecha 14 de noviembre de 2006 dicha solicitud, también incluyendo un número de teléfono y una dirección de correo electrónico de modo de contactar a ejecutivos para sostener conversaciones que puedan materializarse en un acuerdo y reiteró su invitación a conversar para materializar un acuerdo de comercialización, lo que no se concretó por voluntad de la solicitante;

4.17. Explica que los distintos modelos de negocios de OMV pueden tener requerimientos muy distintos unos de otros, de modo que son los propios interesados quienes deben proponer dichos modelos de negocios a las empresas y no al revés. Considera que no es rol de las empresas de telefonía móvil establecidas determinar cuál será la estructura y modelo de negocios que deben tener los OMV en Chile;

4.18. También afirma que mantuvo aisladas conversaciones con empresas como La Polar, CMR Falabella y Líder, las que tienen una participación relevante en la cadena de comercialización de la telefonía móvil (venden equipos y recargas de prepago, con una participación significativa en su comercialización). Todas estas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conversaciones y contactos se sostuvieron durante el año 2006, incluso en un contexto de total incertidumbre regulatoria, en el cual ni siquiera estaban establecidos los derechos y deberes que tendrían los operadores sin redes que efectúen reventa de planes. Sin embargo, la mayoría de las empresas mencionadas declinaron continuar con las conversaciones y, salvo VTR, ninguna de las solicitantes intentó retomar las conversaciones. Señala que ninguna de las empresas de retail mencionadas ha solicitado -hasta la fecha de la contestación- una concesión para operar como OMV;

4.19. Considera que las peticiones de la Fiscalía carecen de todo fundamento. La aplicación de las medidas solicitadas, en particular la referida a la oferta de facilidades, entendida como obligación de “*open access*”, de manera compulsiva, atentaría contra derechos fundamentales como la propiedad y la libertad empresarial. Por ello, medidas de esa naturaleza son de aplicación enteramente excepcional y, en este caso, contradice los fines propios del derecho de la competencia, además de atentar evidentemente contra la regulación técnica definida para la materia por la autoridad sectorial;

4.20. En cuanto al análisis de mercado, afirma que Entel PCS no posee una posición dominante, el mercado de la telefonía móvil no puede ser calificado como monopólico y, por el contrario, es manifiestamente competitivo, las redes de telefonía móvil no son instalaciones irreplicables, como lo muestra el propio caso de Entel PCS, que ingresó al mercado aunque carecía de espectro y de redes, y fue capaz de levantar una red GSM en seis meses, sin requerir de la imposición de obligaciones sobre terceros. Estima ilógico, desproporcionado e injusto establecer condiciones o cargas a los actuales operadores móviles, y contraviene además la LGT y las más elementales condiciones de libertad de emprendimiento, igualdad y no discriminación;

4.21. Finalmente, solicita se rechace en todas sus partes el requerimiento, previniendo a la Fiscalía Nacional Económica que en el futuro se abstenga de ejercer abusiva y desprolijamente sus facultades investigativas y judiciales y de omitir información regulatoria relevante que obraba en su poder, crucial a efectos del pronunciamiento que debe emitir este H. Tribunal, todo ello con expresa condenación en costas;

4.22. En subsidio de lo anterior, estima que la multa que solicita la Fiscalía resulta por completo desproporcionada y solicita sea rebajada prudencialmente, considerando además que jamás ha sido sancionada en sede de libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Contestación de Telefónica Móviles de Chile

5.1. Con fecha 16 de noviembre de 2007, a fojas 567, contesta el requerimiento Telefónica Móviles Chile S.A. (también TMCH o Movistar), solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

5.2. En primer término, aclara que Telefónica Móviles Chile S.A. –también requerida en autos- fue adquirida por Telefónica Móviles de Chile S.A. en mayo de 2007 y, en consecuencia, su contestación se hace cargo de las conductas imputadas a ambas empresas;

5.3. Afirma que no ha realizado conducta alguna que tenga el objeto ni la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, ni ha contribuido a generar o crear ninguna clase de barreras de entrada artificiales a los Operadores Móviles Virtuales;

5.4. Señala que, en julio de 2006, se publicaron en el Diario Oficial los extractos de cuatro solicitudes de concesión para operador móvil virtual (OMV), y de acuerdo a la LGT, el que tuviera interés en ello podía oponerse al otorgamiento de cada una de dichas concesiones, dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación. Estas solicitudes de concesión en cuestión hacían referencia a los servicios de telefonía móvil que proporciona, sin que hasta esa fecha SUBTEL hubiera aclarado los alcances de esta nueva modalidad de servicio ni de las reglas que les serían aplicables, por lo que decidió formular oposiciones con el propósito de que dicho servicio emitiera un pronunciamiento acerca de varios aspectos relevantes relacionados con esas solicitudes;

5.5. Considera que, al no estar claramente definidas por la normativa o por la autoridad la implementación de los OMV, el eventual otorgamiento de las concesiones solicitadas resultaría altamente perjudicial para la industria y sus intereses. En ese sentido, las oposiciones deducidas contra las solicitudes de concesión de OMV son el ejercicio legítimo de un derecho consagrado en la legislación. Su interés no tendría relación con desconocer la legalidad de los OMV o con un cuestionamiento a la Resolución N° 2/2005 de este H. Tribunal, sino por el inminente perjuicio para los operadores de la industria, derivado de una manifiesta incertidumbre regulatoria;

5.6. Señala que, por tal motivo, SUBTEL se vio en la necesidad de dictar la Res. Exenta N° 1.667, en diciembre de 2006, mediante la cual determinó el sentido y alcance de normas sectoriales en relación con los concesionarios de servicio público telefónico que lo exploten bajo la modalidad de reventa, aclarando varios de los cuestionamientos formulados en sus oposiciones. Dicha resolución fue publicada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuatro meses después de las primeras oposiciones, y a pesar de ello la autoridad sectorial tomó siete meses para resolverlas. El hecho que las oposiciones hayan sido finalmente rechazadas no implica que éstas hayan carecido de legitimidad, ya que de haber sido así podrían haber sido desechadas de plano, sin que fuera necesario que dictara la norma interpretativa mencionada ni efectuara las aclaraciones mencionadas en la resolución que se pronunció sobre estas oposiciones. Explica que, una vez que se publicó la Res. Exenta N° 1.667/2006, renunció a su legítimo derecho a apelar y no dedujo ninguna nueva oposición en contra de las restantes solicitudes de otorgamiento de OMV ingresadas con posterioridad, lo que demostraría inequívocamente que las oposiciones no se ejercieron en forma abusiva, ni con el ánimo de retardar la entrada de los OMV.

5.7. Por otra parte, señala que las oposiciones deducida por TMCH no han tenido la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la competencia, pues el procedimiento regulado en el artículo 15 de la LGT se caracteriza por ser expedito y por contemplar plazos bastantes exiguos en su tramitación. El proceso de otorgamiento de una concesión, incluso considerando las oposiciones presentadas, no debiera tomar más de 90 días si la Subsecretaría y el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones se ciñen al plazo máximo que dispone la ley. El tiempo de demora en la tramitación de los procesos de concesión no es imputable a Movistar, y tampoco impidió que algunos de los solicitantes se acercaran a dialogar para explorar la factibilidad de concretar negocios relacionados a la reventa de minutos. Considera que los costos sociales alegados por la Fiscalía causados por el supuesto retraso de los OMV, además de ser meramente especulativos y sin justificación, no pueden atribuirse a la presentación de sus oposiciones;

5.8. Afirma que no se ha negado a prestar servicio a los OMV. Por el contrario, incluso antes de que se les otorgaran las concesiones de OMV, se habría reunido con los interesados en este tema y les habría facilitado información. Sin embargo, ninguna de las empresas a las cuales se les ha otorgado concesión para OMV le ha planteado una proposición concreta de negocio para operar como OMV. Considera que las condiciones que puede convenir el OMV con el operador con red dependerán del negocio que el propio OMV le proponga y el beneficio que este tenga para ambos. Es decir, la oferta del operador con red necesariamente dependería de la previa propuesta o requerimiento comercial que el OMV proponga, y no al revés;

5.9. Estima que la Fiscalía pretende que sean los concesionarios con redes quienes ofrezcan facilidades para la reventa de planes –a lo cual no están siquiera legalmente obligados- entendiendo que al no hacerlo existiría una negativa injustificada de venta. Así, pretende que la iniciativa económica y comercial de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operación de los OMV sea de responsabilidad de las concesionarias con redes, y no de los propios interesados, los OMV. Sin embargo, a la fecha de los hechos que la Fiscalía invoca para intentar sustentar su imputación, ningún OMV contaba con la respectiva concesión;

5.10. Señala que en ningún país del mundo existe una “oferta de facilidades” de un operador con red de telefonía móvil para realizar el negocio de OMV, pues supone una proposición concreta de servicios en condiciones y precios dados, y no como en el caso de la oferta de facilidades que las compañías telefónicas tienen que proporcionar a los portadores. Cualquiera sea el modelo de OMV, opera en un contexto de libre contratación, que debe ser es el beneficio mutuo de quienes lo realizan. Si el modelo de OMV restara ingresos al operador con red, no existiría incentivo alguno en desarrollar un negocio;

5.11. Explica que desde hace más de un año viene analizando los posibles modelos de negocio con empresas que, aún sin contar con la concesión otorgada por Subtel, se han interesado en explorar este posible negocio. En noviembre del año 2006 informó a la Fiscalía sobre las conversaciones sostenidas con cinco empresas (La Polar, GTD–Manquehue, Falabella, Six- Bell y VTR) que habían mostrado interés en desarrollar un negocio de OMV, indicándole que no había podido hacer una proposición de negocio pues estas no definían en qué servicios estaban interesadas. Indica, para cada caso, las condiciones de dichas conversaciones y su estado actual. También indica que no es efectivo que comercializa planes de datos para la reventa, como sostiene la Fiscalía en su requerimiento;

5.12. En cuanto al mercado relevante, indica que los datos que proporciona la Fiscalía son parciales e inexactos, pues solo menciona un valor estático de índices de concentración y evita mencionar su evolución en el tiempo. Así, tomando las cifras reportada por Subtel respecto de la participación de mercado se verifica que el indicador HHI ha ido disminuyendo sistemáticamente desde un valor de 3.814, en mayo de 2005, a 3.598 en marzo de 2007;

5.13. Solicita, en consecuencia, que se rechace el requerimiento en todas sus partes, atendido lo infundado del mismo, y considerando que TMCH no ha incurrido en conducta alguna que hubiese tenido el objeto ni la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, ni existe conducta exclusoria ni anticompetitiva alguna que pueda imputarse a TMCH por los hechos denunciados en el requerimiento

5.14. En cuanto a la multa solicitada por la Fiscalía, estima que carece de racionalidad, sustento jurídico y económico. Adicionalmente, solicita se condene en costas a la Fiscalía, por su actitud temeraria de litigar sin tener fundamentos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. A fojas 954, se fijan como hechos pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Estructura y características del o los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en autos y evolución de la participación de las partes en los mismos, desde el año 2005 a la fecha; y,
- b) Efectividad que las requeridas hayan incurrido en las conductas imputadas en el requerimiento de autos. Hechos y circunstancias que demostrarían que las oposiciones efectuadas por las requeridas a las solicitudes de diversas compañías de telecomunicaciones para operar como operadores móviles virtuales, y demás conductas imputadas, tuvieron por objeto imponer barreras a la entrada en el o los mercados afectados.

7. Prueba rendida en la causa:

7.1. La FNE presentó como testigos a los Sres. Felipe Irrarázabal O. (a fojas 1041 bis y 1779 bis), Rodrigo Gonzalez R. (a fojas 1779 bis 7), Juan Alberto Vásquez C. (a fojas 1787 y 1957), Víctor Galilea P. (a fojas 1961), Manuel Araya (a fojas 1984) y Guillermo Pickering (a fojas 2253 y 2291). Acompañó documentos a fojas 114, 1808 (expediente de investigación FNE N° 788-06)

7.2. Rindieron prueba confesional los representantes de las requeridas Sres. Ricardo Gebauer T. (a fojas 1838), Gerardo Muñoz L. (a fojas 1872), Hernán Marió L. (a fojas 1901 y 2223), Cristián Sepúlveda T. (a fojas 1936), Víctor Galilea P. (a fojas 2001), Oliver Flogel (a fojas 2093) y Alejandro Farías (a fojas 2247), así como el representante legal de Netline, Sr. Joel Bendersky (a fojas 2231);

7.3. Sus coadyuvantes, los H. Diputados Sres. Mulet, Uriarte, Sepúlveda y Dittborn, presentaron como testigos a los Sres. Iván Rodríguez (a fojas 2338), José Moles (a fojas 2396) y Gustavo Marambio (a fojas 2410), y acompañaron prueba documental a fojas 680; por NETLINE declararon los testigos Sres. Oscar Cabello (a fojas 2745), Cristián Nuñez (a fojas 2753) y Roberto Aro (a fojas 2764), y acompañó documentos a fojas 777, 831, 944, 951, 1976, 2089, 2313, 2369, 2377, 2702, 4370, 4549 (informes de los Sres. Ricardo Rinieri y Christian Nicolai);

7.4. Por la requerida Claro Chile S.A. declaró el testigo Sr. Juan Luis Perez M. (a fojas 2822 y 2836); acompañó documentos a fojas 1756, 2821 (informe técnico del Sr. Juan Luis Perez M.), 4681 (informe de los Sres. Patricio Arrau y Ricardo Pimentel)

7.5. Entel PCS acompañó documentos a fojas 279, 2213; Telefónica Móviles Chile acompañó documentos a fojas 567, 1112, 1123 (Informe en Derecho del Sr. Iván Aróstica M.), 1771, 2282, 2724, 2735, 4794

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.6. A requerimiento del Tribunal, SUBTEL envió -mediante Oficios N° 30.137/2009 (a fojas 2845), N° 31.333/2009 (a fojas 4345), N° 35.797/2009 (a fojas 4561), y N° 515/2010 (a fojas 4589)- información sobre el mercado de telefonía móvil, los procedimientos de concesión para OMV y las oposiciones presentadas por las requeridas materia de esta causa;

8. Presentaron observaciones respecto de la prueba rendida en autos la FNE (a fs. 4607), NETLINE (a fs. 4374), Claro (a fs. 4689), Movistar (a fs. 4797) y Entel PCS (fs. 4834);

9. A fojas 4605, con fecha 6 de abril de 2010, el Tribunal ordenó la vista de la causa, realizada en la audiencia del día 16 de junio del mismo año, alegando los apoderados de las siguientes partes: Fiscalía Nacional Económica, Netline, Claro Chile, Entel PCS y Movistar.

Y CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas

Primero: Que las partes de Movistar y Entel PCS formularon tachas respecto del testigo Sr. Felipe Irrázabal O., como consta en el acta de fojas 1041 bis y las presentaciones de fojas 1799 y 1802, invocando las causales establecidas en los numerales 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por carecer de imparcialidad al tener un interés directo o indirecto en el pleito, y enemistad respecto de las personas contra quien declara. Las mismas partes formularon tachas respecto del testigo Sr. Rodrigo Gonzalez R., como consta en el acta de fojas 1779 bis 7 y las presentaciones de fojas 1805 y 1812, invocando la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, señalada precedentemente. De esas tachas se confirió traslado, el que fue contestado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1852 solicitando su rechazo, atendido que (i) la relación de los testigos con empresas de telefonía móvil virtual no es suficiente, por sí sola, para constituir un interés patrimonial en los resultados del juicio mientras que, por el contrario, es esperable que quienes pueden conocer directamente de los hechos materia de esta causa sean personas que se han relacionado comercialmente con las requeridas; y, (ii) no se han señalados ni menos acreditado hechos graves que fundamenten la supuesta “enemistad manifiesta” del testigo respecto de las incidentistas;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas respecto de los testigos Sres. Irrázabal y González respecto de la causal establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, éstas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

serán acogidas, pues los propios testigo han reconocido la existencia de interés de su parte en los resultados de este juicio, de naturaleza patrimonial, en relación con las empresas Finvest S.A. y Chile.com, respectivamente, y que cuentan con concesión de telefonía móvil virtual. Por otra parte, se rechazarán las tachas fundadas en la causal señalada en el numeral séptimo del artículo 358 citado, pues no es posible establecer de los dichos del testigo Sr. Irarrázabal la existencia de hechos graves que configuren una enemistad respecto de las requeridas;

Tercero: Que la parte de Entel PCS formuló tacha respecto del testigo Sr. Oscar Cabello A., como consta en el acta de fojas 2745 y la presentación de fojas 2760, invocando la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por carecer de imparcialidad al tener un interés directo o indirecto en el pleito. De esta tacha se confirió traslado, sin que ninguna de las partes lo evacuara;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que de los dichos del señor Cabello no puede desprenderse la existencia de interés de su parte en los resultados de este juicio sino que, por el contrario, éste expresó no tener interés patrimonial alguno, sin que pueda alterar lo concluido el que haya elaborado anteriormente informes u opiniones técnicas en materia de telecomunicaciones. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo

Quinto: Que las conductas imputadas por la Fiscalía Nacional Económica y sus coadyuvantes a las requeridas dicen relación con la ejecución de prácticas exclusorias por parte de las tres empresas móviles establecidas (OME) efectuadas con el objeto de impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los operadores móviles virtuales (OMV) a través de dos tipos de acciones: (i) el ejercicio abusivo de acciones administrativas y judiciales por parte de las OME, quienes se habrían opuesto a todas y cada una de las solicitudes de concesión de las OMV y (ii) la negativa de venta de servicios esenciales para el ingreso de las OMV al mercado;

Sexto: Que, para el análisis de fondo de la causa sometida a conocimiento de este Tribunal, se efectuará el siguiente análisis: (i) la definición del mercado relevante en el ámbito relativo al producto o servicio y en el ámbito geográfico, en la época de los hechos imputados; (ii) estructura y características del mercado para efectos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

analizar el poder de mercado de las requeridas, si existiese. Para tal efecto, se identificarán, en primer lugar, los actores y la participación de mercado de los mismos (tanto en relación al número de abonados, el tráfico total y los ingresos percibidos) y, luego, se evaluarán las condiciones o barreras a la entrada existentes; (iii) apreciación de las dos conductas imputadas, para lo cual se establecerán los hechos acreditados en el proceso y la calificación de los mismos desde la perspectiva de la legislación de defensa de la libre competencia, sin perjuicio de la consideración de otras leyes y actos de autoridad pertinentes; y, (iv) evaluación de las condiciones de competencia existentes en la actualidad y que razonablemente se esperan a corto plazo, a fin de ponderar la necesidad o no de que las requeridas mantengan una “oferta de facilidades y/o reventa de planes” según lo solicitado por la FNE y los terceros que coadyuvan en la causa;

Séptimo: Que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, corresponde en primer lugar definir el mercado relevante. Dado que el requerimiento de autos se interpuso en agosto de 2007, el análisis del mercado relevante que se presenta a continuación corresponde a la situación del mercado de telefonía móvil en esa época. No obstante lo anterior, se considerará el escenario actual de este mercado en las consideraciones trigésimo segunda y trigésimo tercera, cuando este Tribunal se refiera a las solicitudes de la FNE y de los terceros coadyuvantes respecto de imponer a las requeridas la obligación de mantener una “*oferta de facilidades y/o reventa de planes*” y otras medidas tendientes a evitar supuestos abusos por parte de las requeridas;

Octavo: Que al respecto no existe mayor controversia entre las partes del proceso, quienes han definido el mercado relevante en la misma línea que este Tribunal lo ha hecho en sus Resoluciones 2/2005 y 27/2008; a saber, “*los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro de los límites geográficos del territorio de la República de Chile*”;

Noveno: Que, siguiendo entonces la misma línea de las resoluciones referidas, este Tribunal considerará que el mercado relevante de producto corresponde al de servicios analógicos y digitales de telefonía móvil. En cuanto al mercado geográfico, se considerará todo el territorio nacional. En cualquier caso, los operadores de telefonía móvil ofrecen servicios complementarios, como SMS (*short message services*), MMS (*multimedia message services*) y transmisión de datos. Sin embargo, los ingresos por transmisión de voz representaban una fracción mayoritaria de sus ingresos totales a la época del requerimiento; esto es, en promedio, un 93% de los ingresos de las compañías (fuente: Informe FNE acompañado a Causa Rol NC 198-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

07, fojas 918). Por lo anterior, el análisis de participaciones de mercado no considerará explícitamente este tipo de servicios. La estructura y características de este mercado se analizarán a continuación;

Décimo: Que, en primer lugar, debe tenerse presente que la telefonía móvil es un servicio que sólo puede ser prestado por quien cuente con una concesión para ello. A la fecha del requerimiento, las únicas tres empresas que contaban con concesiones de servicio público de telefonía móvil eran Movistar, Entel PCS y Claro. Estas tres compañías eran las únicas que, a esa fecha, tenían espectro radioeléctrico asignado para estos fines. La evolución del espectro disponible para las compañías entre 2000 y 2007 se presenta en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

Bandas de Frecuencia Asignadas – Telefonía Móvil Celular (MHz)

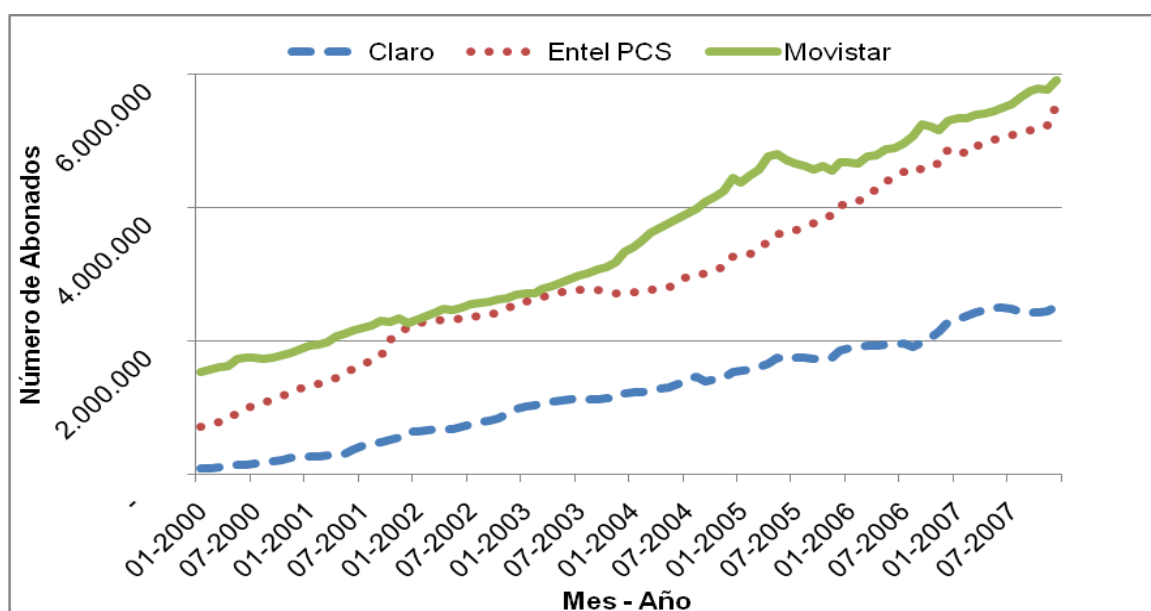
Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Claro	30	30	30	30	30	30	55	55
Entel PCS	60	60	60	60	60	60	60	60
Movistar	25	25	45	55	55	55	55	55

Fuente: Informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Undécimo: Que, para efectos de medir la participación de mercado en esta industria, ésta se puede calcular en base al número de abonados, el tráfico total, o por los ingresos percibidos por los servicios de transmisión de voz. Los siguientes gráficos ilustran la evolución del mercado entre 2000 y 2007:

Gráfico 1

Evolución Número de Abonados Telefonía Móvil



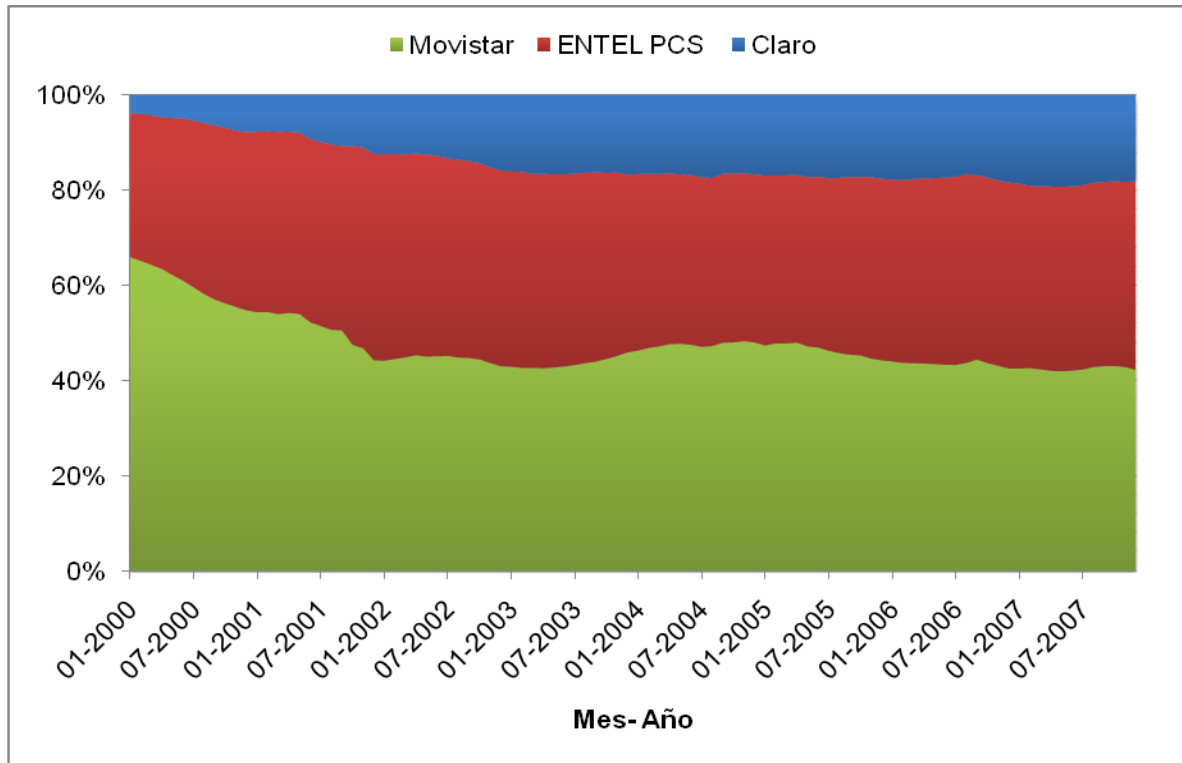
Fuente: Elaboración propia, en base a información extraída de www.subtel.cl.

Nota: Abonados de Movistar incluyen abonados de Bellsouth, previo a la fusión Bellsouth – Movistar.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Gráfico 2

Evolución Participación de Mercado (en base a número de abonados)

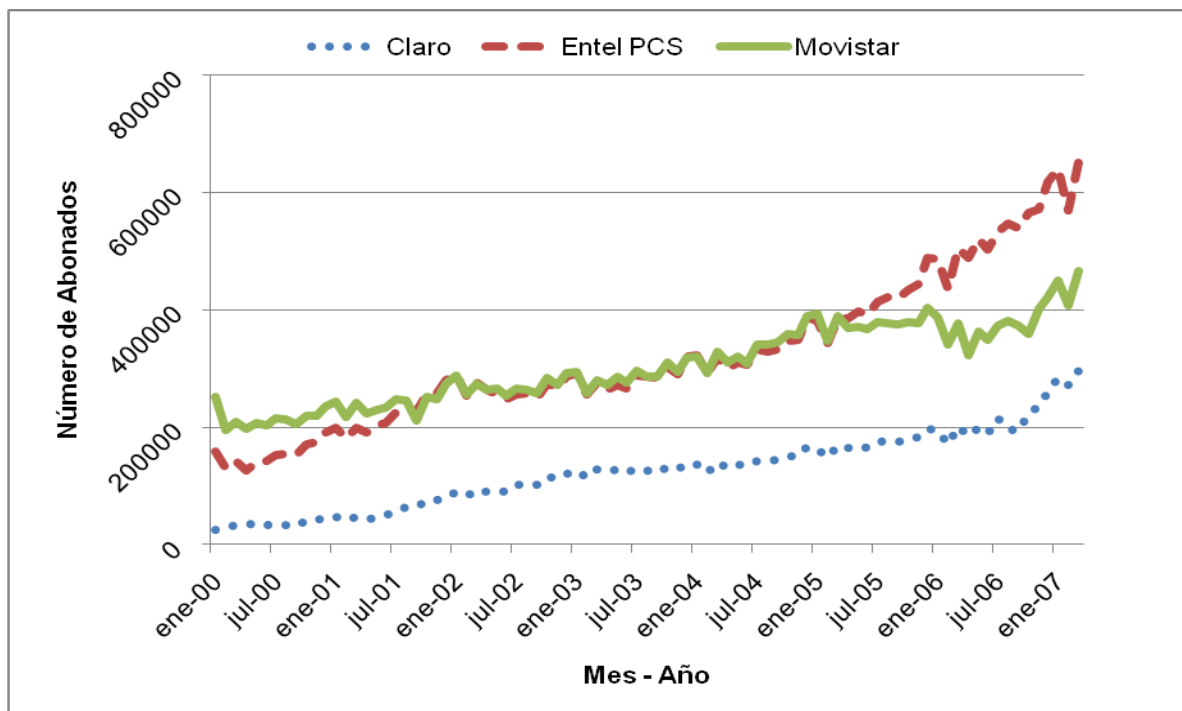


Fuente: Elaboración propia, en base a información extraída de www.subtel.cl.

Nota: Abonados de Movistar incluyen abonados de Bellsouth, previo a la fusión Bellsouth – Movistar.

Gráfico 3

Evolución Tráfico Telefonía Móvil (en miles de minutos por mes)



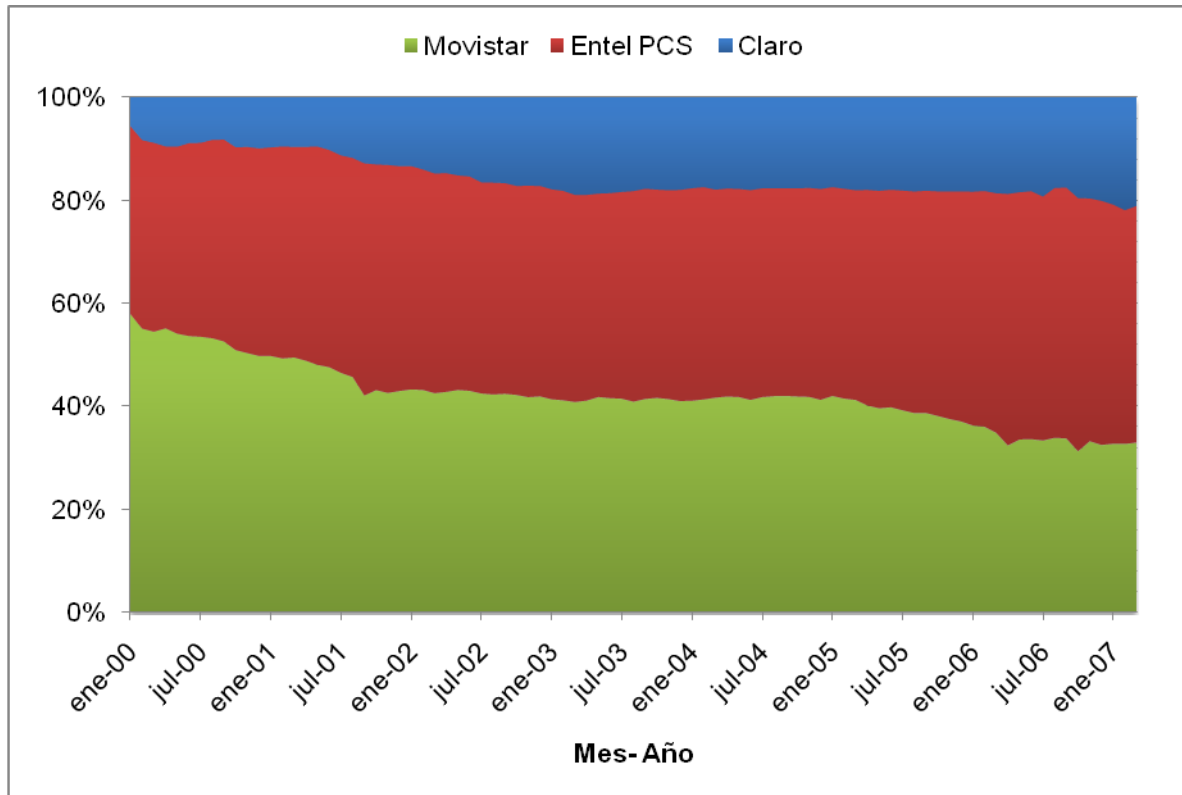
Fuente: Elaboración propia, en base a información de informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Nota: Tráfico de Movistar incluye tráfico de Bellsouth, previo a la fusión Bellsouth – Movistar.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Gráfico 4

Evolución Participación de Mercado (en base a miles de minutos por mes)



Fuente: Elaboración propia, en base a información de informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Nota: Tráfico de Movistar incluye tráfico de Bellsouth, previo a la fusión Bellsouth – Movistar.

Duodécimo: Que en el cuadro siguiente se muestra la participación de mercado de las operadoras de telefonía móvil, medida en base a los ingresos por servicio de voz para el año 2006:

Cuadro 2

Participación de Mercado (en base a ingresos por servicios de voz en el año 2006)

Operador	% Ingresos
Movistar	44%
Entel PCS	42%
Claro	14%

Fuente: Informe FNE acompañado a Causa Rol NC 198-07, fojas 923.

Decimotercero: Que, respecto a los precios percibidos por los usuarios finales del servicio público de telefonía móvil, el siguiente cuadro muestra una estimación del precio promedio anual por minuto de cada operador, calculado dividiendo el ARPU (*Average Revenue Per Unit*), que se refiere al ingreso promedio recibido por usuario

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la compañía, por el tráfico promedio por usuario de cada compañía. Entre el año 2000 y el año 2006, el precio promedio de Entel PCS y Claro muestra una tendencia decreciente, mientras que el de Movistar no presenta una tendencia definida;

Cuadro 3

Valor del minuto del tráfico móvil (\$/min, pesos de cada año)

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Entel PCS	135,92	136,2	121,61	106,06	90,78	85,68	77,1
Claro	122,4	124,08	100,01	88,1	84,28	72,24	74,02
Movistar	n/d	n/d	80,68	102,93	100,35	82,12	108,13
Promedio	n/d	n/d	100,82	101,5	93,61	81,86	86,97

Fuente: Informe Subsecretaría de Telecomunicaciones, presentado en Consulta NC 198-07, acompañado a fojas 1112.

Decimocuarto: Que, entonces, se observa que este es un mercado concentrado y que ha presentado un fuerte crecimiento, tanto medido en número de abonados como en tráfico total. Por su parte, los precios promedio por minuto de tráfico móvil han presentado, en promedio, una leve tendencia a la baja, salvo en el caso de Movistar. Finalmente, cabe destacar que, de acuerdo al cuadro 3, los menores y mayores precios en 2006 eran cobrados, respectivamente, por el tercer y primer actor del mercado en términos de participación de mercado;

Decimoquinto: Que una vez caracterizado el mercado, corresponde analizar las condiciones de entrada al mismo. Éstas fueron analizadas extensamente por estos sentenciadores en la Resolución 27/2008, y son, en resumen: (i) la necesidad de contar con espectro radioeléctrico, insumo esencial al cual –a la época de las conductas imputadas- sólo tenían acceso las requeridas; (ii) la necesidad de realizar fuertes inversiones específicas en infraestructura (antenas, equipamiento, estaciones de radio), las que dependerán del ancho de banda del que cada compañía disponga y de la tecnología que decida utilizar; (iii) la disponibilidad de terrenos aptos para la instalación de antenas, insumo que podría hacer más difícil la entrada de un nuevo competidor, dada la escasez de terrenos aptos para ello en zonas densamente pobladas, o por los efectos ambientales y urbanísticos que se asocian a su presencia; y (iv) los costos de cambio enfrentados por el consumidor medio, a saber: bloqueo de terminales, contratos por períodos prolongados, cobros por término anticipado de contrato, la discriminación de precios entre llamadas dentro de la misma red (*on-net*) y hacia otra red (*off-net*); y sobre todo, la imposibilidad de mantener el número telefónico al cambiarse de compañía;

Decimosexto: Que, tal como se argumentó en el requerimiento, la existencia de estas barreras y costos de entrada harían virtualmente imposible el ingreso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nuevos Operadores Móviles Establecidos (en adelante, OME) a la fecha del requerimiento. Adicionalmente, según el informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones acompañado a esta causa a fojas 1112, a la fecha de este requerimiento tecnologías alternativas como WIMAX aún no se habían desarrollado lo suficiente como para proveer servicios comparables a los de telefonía móvil a costos razonables, por lo que tampoco a esa fecha se vislumbraba la existencia de sustitutos cercanos;

Decimoséptimo: Que, sin embargo, la figura del Operador Móvil Virtual (OMV) es una forma alternativa de competir en este mercado. Bajo este modelo de negocios, una empresa que no tiene asignado espectro radioeléctrico ni posee infraestructura de redes móviles puede ofrecer servicios de telefonía móvil, accediendo a la red de uno o más de los operadores establecidos. Bajo condiciones competitivas de acceso a estas redes, los OMV podrían competir con los operadores tradicionales de telefonía móvil, aumentando la presión competitiva en este mercado;

Decimooctavo: Que si bien el modelo de OMV podría permitir la entrada de nuevos actores al mercado, los costos de cambio enfrentados por los consumidores aún se mantendrían, entregando ventajas de competencia a las empresas establecidas, las que así podrían continuar explotando sus economías de red, más aun si se considera la diferenciación entre tarifas *on-net* y *off-net*. Adicionalmente, no debe olvidarse que las requeridas eran –a la época de las conductas imputadas- la únicas que disponían de espectro radioeléctrico destinado al servicio de telefonía móvil. En este contexto, las compañías establecidas podrían tener incentivos para impedir o retrasar el acceso de los OMV a sus redes;

Decimonoveno: Que, por último, dado que a la fecha de las conductas imputadas, las requeridas eran las únicas empresas que poseían concesiones de espectro radioeléctrico y redes de telefonía móvil, estas empresas en conjunto poseían poder de mercado en lo referido al acceso a ese insumo esencial;

Vigésimo: Que, establecido lo anterior, se procederá a analizar, en primer lugar, respecto de cada una de las requeridas, si se encuentran acreditados los hechos que configurarían las conductas imputadas y, luego, si éstas efectivamente impidieron, restringieron o entorpecieron la competencia en el mercado relevante definido precedentemente, o tendieron a producir dichos efectos;

Vigésimo primero: Que respecto de la primera conducta imputada a las requeridas, esto es, el ejercicio abusivo de acciones administrativas con el objeto de impedir o retrasar la entrada al mercado de los OMV, se encuentran acreditados los siguientes hechos: (i) que las requeridas presentaron ante SUBTEL, entre julio y diciembre de 2006, oposiciones a las solicitudes de concesión de servicio público telefónico móvil

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las empresas GTD Teleductos S.A, Inversiones Toro Bayo S.A., Telecomunicaciones Net Uno Ltda., Telecomunicaciones S.A., VTR Banda Ancha S.A., Telecomunicaciones Dotcom Ltda., Blue Two S.A., Finvest S.A. y Nómade Telecomunicaciones S.A.; (ii) que el día 30 diciembre de 2006, SUBTEL publicó en el Diario Oficial la Res. Ex. N° 1667, que interpretó la aplicación del artículo 25 de la LGT, respecto de los OMV, y aclaró algunas materias regulatorias en las que se fundaban parte de las oposiciones presentadas por las requeridas; (iii) que luego, solamente Entel PCS presentó -entre junio y julio de 2007- oposiciones a las solicitudes de concesión de Telefónica del Sur S.A. y OPS Ingeniería S.A.; (iv) que no consta en autos antecedentes que permitan sostener que las requeridas hayan realizado otras presentaciones, en los procedimientos de concesión señalados precedentemente, que pudieran haber causado un retardo en su resolución; (v) que recién a partir de junio de 2007 SUBTEL emite las resoluciones que rechazan cada una de las oposiciones planteadas por las requeridas y luego, a partir de agosto del mismo año, se publican en el Diario Oficial los Decretos que otorgan las concesiones de servicio público telefónico móvil a las solicitantes GTD Teleductos S.A, Inversiones Toro Bayo S.A., Telecomunicaciones Net Uno Ltda., Telecomunicaciones S.A., VTR Banda Ancha S.A., Telecomunicaciones Dotcom Ltda., Blue Two S.A.; y, (vi) que las requeridas no interpusieron recursos ni administrativos ni en sede judicial en contra de los Decretos que otorgaron las concesiones señaladas;

Vigésimo segundo: Que, como ya ha señalado este Tribunal en sentencias anteriores (Sentencia N° 47 de 2006, N° 83 y 90 de 2009), para calificar el ejercicio de acciones judiciales o administrativas como conducta contraria a la libre competencia, se requiere dilucidar si las mismas tenían, de manera inequívoca y como única finalidad, la de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado;

Vigésimo tercero: Que, de acuerdo con la evidencia de autos, no es posible concluir que las oposiciones presentadas por las requeridas en contra de las solicitudes de concesión para OMV hayan tenido por objeto inequívoco impedir o entorpecer la libre competencia. Por el contrario, a juicio de este Tribunal obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que las requeridas tenían razones, a lo menos plausibles, para justificar la procedencia de las oposiciones, independientemente de si estas fueron luego desestimadas por la autoridad sectorial;

Vigésimo cuarto: Que, en efecto, de las oposiciones presentadas por las requeridas a las solicitudes de concesión para OMV, cuyos expedientes administrativos fueron acompañados por SUBTEL a fojas 4.561, se aprecia que todas ellas contienen, entre otros fundamentos, una interpretación de la regulación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sectorial sobre la interacción entre los OMV y los OME que no estaba claramente definida ni en las normas ni en las decisiones de la autoridad sectorial y que, en su aplicación, podrían haber generado perjuicios a las requeridas. En particular, estos argumentos decían relación con (i) los requisitos formales que debe cumplir una solicitud de concesión para OMV y el proyecto técnico anexo; (ii) la asignación de numeración; (iii) la forma en que sería aplicable a los OMV el régimen de fijación tarifaria de cargos de acceso y de servicios a otros concesionarios; (iv) la distribución de responsabilidades frente al usuario final por calidad de servicio y otras obligaciones accesorias al servicio público telefónico; (v) si la recepción de obras se encontraba condicionada a la presentación a Subtel de los contratos que vincularían al OMV con un proveedor de infraestructura o servicios; y, finalmente (vi) la existencia o no de una obligación de dar acceso y prestar servicios a un OMV;

Vigésimo quinto: Que lo afirmado precedentemente es corroborado por el contenido de la Res. Ex. N° 1.667, de diciembre de 2006, que corresponde a una interpretación administrativa –en ejercicio de las facultades asignadas por la LGT a SUBTEL– que “*determina el sentido y alcance del inciso final del artículo 25° de la Ley General de Telecomunicaciones y del artículo 32° del Plan Técnico Fundamental de Encaminamiento Telefónico, en relación con los concesionarios de servicio público telefónico que lo exploten en la modalidad de reventa*”. Esta Resolución, dictada después de que ya habían sido presentadas prácticamente todas las oposiciones indicadas en el requerimiento (excepto las interpuestas por Entel PCS en contra de las solicitudes de Telefónica del Sur S.A. y OPS Ingeniería S.A., en junio y julio de 2007, respectivamente), busca aclarar la interpretación del artículo 25 de la LGT en su aplicación a la relación entre OMVs y OMEs, indicando en términos generales las obligaciones y derechos que cada uno de ellos asume. Puede apreciarse entonces que, al momento de la interposición de las oposiciones materia del requerimiento, existía una imprecisión regulatoria respecto de los elementos mínimos que debían contener las solicitudes de concesión de OMVs, así como respecto de circunstancias relevantes en la interacción que tendrían éstos con las requeridas, lo que permite descartar que las acciones administrativas interpuestas por éstas hayan tenido, como único objeto, impedir o retardar el ingreso al mercado a los OMV. En consecuencia, se rechazará en este aspecto el requerimiento;

Vigésimo sexto: Que, a mayor abundamiento y de acuerdo a la información proporcionada por SUBTEL a fojas 4561, resulta manifiesto que no es atribuible a las requeridas el retraso de siete meses o más entre la dictación de la Res. Ex. N° 1667, en diciembre de 2006 y las resoluciones que rechazaron las oposiciones deducidas por las requeridas –dictadas a partir de junio de 2007- o, con posterioridad, respecto de la dictación de los Decretos de concesión –a partir de julio del mismo año- que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

habilitaron a las solicitantes a operar como OMV. Por el contrario, y de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 15 de la LGT, la interposición de oposiciones a una solicitud de concesión no debió haber retrasado la dictación de los decretos concesionales en más de 100 días (estableciendo un máximo de 10 días para que el interesado evacúe el traslado a la oposición, 60 días para que SUBTEL emita su informe, y 30 días para la resolución del Ministro);

Vigésimo séptimo: Que ahora, para el análisis de la segunda conducta imputada, esto es, la supuesta negativa de venta de las facilidades necesarias a los OMV para operar mediante infraestructura y medios de las requeridas, debe tenerse presente que el requerimiento fue presentado el día 14 de agosto de 2007, antes de que se entregara la primera concesión otorgada a un OMV, que corresponde a la de GTD Teleductos publicada en el Diario Oficial el día 25 de agosto de 2007;

Vigésimo octavo: Que, como también ha señalado este Tribunal en decisiones anteriores (Sentencia N° 64-2008 y Resolución N° 19-2006), uno de los requisitos para que una negativa de venta configure una conducta contraria a la libre competencia es que el afectado –en este caso el OMV que requiere contratar facilidades del OME- esté dispuesto y habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor a otros agentes económicos;

Vigésimo noveno: Que ha quedado establecido que, a la época a que se refiere el requerimiento, (i) ninguna de las empresas que solicitaron información sobre las condiciones comerciales en que las requeridas les proveerían acceso a servicios e infraestructura para operar como OMV contaba con una concesión de servicio público de telefonía móvil; (ii) que ni el requerimiento ni su complementación de fojas 170 se refieren a hechos constitutivos de negativa de venta posteriores al 25 de agosto de 2007, esto es, cuando los solicitantes de estos servicios ya contaban con concesiones de servicio público telefónico; y (iii) que la propia SUBTEL ha señalado, en la Res. Ex. N° 1667 y en cada una de las resoluciones que rechazan las oposiciones planteadas por las requeridas, *“Que en particular, en el caso del servicio público telefónico, cualquiera sea la modalidad de explotación del servicio, incluida la reventa, para efectuarla a nombre propio, resulta indispensable contar con la concesión respectiva, cuestión que implica además que el concesionario adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones que tal condición acarrea dentro de la legislación de telecomunicaciones y en la legislación en general...”*;

Vigésimo noveno. Que, atendidos los razonamientos expuestos precedentemente, en la especie la segunda conducta imputada en el requerimiento no constituye un atentado a las normas de defensa de la libre competencia. Por tanto, deberá rechazarse también en ese capítulo la acción de la Fiscalía Nacional Económica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo. Que, no obstante lo señalado precedentemente, también ha quedado establecido en autos que, hasta la fecha de esta sentencia, se han entregado concesiones habilitantes para operar como OMV a 16 empresas y ninguna de ellas ha logrado llegar a un acuerdo comercial con alguna de las requeridas que efectivamente le permita ingresar al mercado, tal como señalan las propias requeridas. Por tanto, y considerando además las características del mercado relevante descrito, a continuación se analizarán las solicitudes de la FNE y las coadyuvantes destinadas a prevenir posibles conductas de las requeridas que impidan, restrinjan o entorpezcan la entrada al mercado de uno o más OMV;

Trigésimo primero. Que, este Tribunal considera que los OME no necesariamente enfrentan incentivos a erigir barreras estratégicas a la entrada de OMVs. Lo anterior porque, de actuar independientemente, las OMEs pueden tener incentivos individuales a entregar acceso a sus redes. En efecto, si un OME da acceso a un OMV al mercado, percibirá ingresos por este concepto, y el costo –o pérdida de ingresos- por tener un nuevo competidor será compartido con el resto de los incumbentes. Individualmente, alguna de estas compañías, podría tener incentivos para ser el primero en entregar acceso, los que serían más fuertes para aquellos OME que cuentan con menor participación de mercado. En cualquier caso, debe tenerse presente que este análisis asume que no existe coordinación entre los OMEs; de haberla, existirían incentivos para bloquear la entrada de OMV, pues enfrentarían los incentivos de cualquier monopolista verticalmente integrado con un insumo esencial;

Trigésimo segundo. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que las condiciones de mercado existentes a la época de las conductas imputadas – analizadas precedentemente- son distintas a las existentes hoy y a las que razonablemente se esperan para el corto plazo. Así, por ejemplo, es de público conocimiento que en el año 2008 se asignaron dos bloques de frecuencias de espectro radioeléctrico para servicios de comunicación móvil avanzada, a las empresas VTR y Nextel, las que se encuentran desplegando redes y se espera inicien sus servicios en breve plazo. También se encuentran en tramitación modificaciones legales y reglamentarias destinadas a implementar la portabilidad numérica que, de acuerdo a declaraciones públicas de la autoridad sectorial, podría iniciar su operación durante el año 2011, así como un proyecto de ley que modificaría las condiciones de instalación de antenas para servicios de telefonía móvil. Y, por otra parte, SUBTEL ha anunciado públicamente el desarrollo de un modelo de desagregación mediante “operadores de redes”, que podrán instalar infraestructura y prestar servicios a uno o más operadores simultáneamente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo tercero. Que este cambio de circunstancias reduce la eventual necesidad de establecer actualmente, a las requeridas, la obligación de mantener una “*oferta de facilidades y/o reventa de planes*”, en los términos solicitados por la FNE y los terceros que la coadyuvan, por lo que este Tribunal no lo acogerá a este respecto, sin perjuicio de lo que pudiera establecerse a futuro luego de un análisis de las condiciones del mercado entonces vigentes y del comportamiento de los operadores de redes (OMEs) ante las solicitudes de servicios por parte de concesionarios móviles virtuales;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley Nº 211, SE RESUELVE:

- 1. Acoger** las tachas formuladas por Telefónica Móviles Chile S.A. y Entel PCS S.A. respecto de los testigos señores Felipe Irrarrázabal O. y Rodrigo Gonzalez R. ;
- 2. Rechazar** la tacha formulada por Entel PCS S.A. respecto del testigo Sr. Oscar Cabello A.;
- 3. Rechazar** el requerimiento planteado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 114, en contra de las empresas Telefónica Móviles de Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS S.A. y Claro Chile S.A.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 139-07

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Juan José Romero Guzmán. Autorizada por el Secretario Abogado (i) Sr. Alejandro Domic Seguich.