

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

RESOLUCIÓN N° 48/2016.

Santiago, veinte de enero de dos mil dieciséis.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.

ROL: NC N° 430-15

CONSULTANTES: Telefónica Chile S.A. y Telefónica Larga Distancia S.A., en conjunto las “Consultantes”.

OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de si considera ajustada a la libre competencia la fusión por incorporación de la sociedad TLD en la sociedad TCH; y de la eventual modificación o eliminación del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 de la H. Comisión Resolutiva.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

B. PROYECTO QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS CONSULTANTES

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES E INTERVINIENTES

E. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

G. MARCO JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES

H. VIGENCIA DEL DECISORIO I, LETRA B), DE LA RESOLUCIÓN N° 389 DE LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA

I. NECESIDAD DE MODIFICAR EL DECISORIO I, LETRA B), DE LA RESOLUCIÓN N° 389 DE LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA

J. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN CONSULTADA

III) PARTE RESOLUTIVA

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

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

1. Consultantes:

- a) Telefónica Chile S.A. (en adelante, indistintamente, "TCH")
- b) Telefónica Larga Distancia S.A. (en adelante, indistintamente, "TLD")

2. Entidades que han aportado antecedentes y que han formulado observaciones en este expediente:

- a) Convergencia Chile S.A. (en adelante, indistintamente, "Carrier 112")
- b) Colegio de Ingenieros de Chile A.G.
- c) VTR Comunicaciones SpA. (en adelante, indistintamente, "VTR")
- d) Fiscalía Nacional Económica (en adelante, indistintamente, "Fiscalía" o "FNE");
- e) Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (en adelante, indistintamente, "Entel")
- f) Voissnet S.A. (en adelante, indistintamente, "Voissnet")
- g) Netline Multicarrier S.A. (en adelante, indistintamente, "Netline")
- h) Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, indistintamente, "Subtel")

B. PROYECTO QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA

1. Según consta a fojas 12, el 19 de junio de 2015 Telefónica Chile S.A. y Telefónica Larga Distancia S.A. solicitaron a este Tribunal que se pronuncie acerca de si considera ajustados a la libre competencia la fusión por incorporación de la sociedad TLD en la sociedad TCH (en adelante, la "consulta" u "operación consultada"); y de la eventual modificación o eliminación del Decisorio I, letra b) de la Resolución N° 389, de 16 de abril de 1993, de la H. Comisión Resolutiva (en adelante, indistintamente, "Resolución N° 389").

1.1. El controlador de TLD es TCH quien posee el 99,92% de sus acciones. Las Consultantes pretenden realizar una operación de reorganización con el objeto de simplificar su malla societaria. Esta operación consistiría en una fusión por incorporación de la sociedad TLD en la sociedad TCH, siendo la primera absorbida por la segunda e integrándose verticalmente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.2. TCH es concesionario del servicio público de telecomunicaciones y TLD es concesionario de servicios intermedios de telecomunicaciones y servicio público de transmisión de datos.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS CONSULTANTES.

1.3. Las Consultantes informan que son dos sociedades anónimas abiertas chilenas que forman parte del Grupo Empresarial Telefónica en Chile.

1.4. De realizarse la operación consultada, las Consultantes hacen presente que se mantendrían vigentes los contratos con terceros, pues TCH sería la continuadora legal de TLD.

1.5. Entre los principales activos de TLD que identifican las Consultantes se encontrarían su cartera de clientes, sus contratos de servicio con las demás empresas de telecomunicaciones, su infraestructura (en especial, instalaciones, equipos, estaciones satelitales, redes de fibra óptica, telepuertos, estaciones terrenas, centros de conmutación, entre otros, distribuidos a lo largo del territorio nacional); y las licencias para operar y explotar redes para servicio telefónico de larga distancia de las que es titular. Entre las principales licencias destacan las concesiones sobre los siguientes activos de red: (i) red de fibra óptica entre Línea de la Concordia y Puerto Montt, incluyendo extensiones a localidades interiores y dentro de la Región de Magallanes; (ii) centros de conmutación nacional e internacional; (iii) red de telepuertos o estaciones satelitales con cobertura sobre todo el país; (iv) red de enlace microondas en la Región de Magallanes. Además de cuatro cables terrestre internacionales.

1.6. Según lo informado, esta fusión se concretaría mediante sendas juntas extraordinarias de accionistas una vez conocida la resolución definitiva de este Tribunal y dictada la autorización de la Subtel para transferir las concesiones de TLD a TCH.

1.7. De acuerdo con las Consultantes, la operación consultada no calificaría como operación de concentración conforme al Auto Acordado N° 12 de este Tribunal y a la Guía de Operaciones de Concentraciones de la FNE; y, además, no perjudicaría la libre competencia, atendidos los cambios legales y estructurales del mercado de las telecomunicaciones.

1.8. Fundamentan la presentación de esta consulta en la falta de certeza jurídica que existiría respecto del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 que establece

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo siguiente: “*Las empresas que se integren verticalmente, para dar servicios locales y de larga distancia nacional e internacional, deben hacerlo por medio de empresas filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas abiertas, perfectamente diferenciadas, de modo que sea posible identificar, fácilmente, entre otros factores, los costos de transferencia*”.

1.9. Las Consultantes señalan que en 1993, año de dictación de la Resolución, existía un único operador relevante con medios para larga distancia, el que tenía de rentas sobrenormales y cobraba tarifas muy elevadas. Ello motivó, en un primer momento, la dictación de la Resolución N° 389 y, seguidamente, la publicación de la Ley N° 19.302, de 10 de marzo de 1994, que modificó la Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones (esta última en adelante, indistintamente, “LGT”).

1.10. Las principales modificaciones incorporadas por la Ley N° 19.302 de 1994 las contemplan los artículos 24 bis, 25, 26 y 36 bis de la LGT. El primero de ellos estableció la obligación de permitir la libre elección del usuario respecto del proveedor de servicios de larga distancia y, el segundo, dispuso las obligaciones de interconexión. Por su parte, el artículo 26 autorizó sólo a las empresas concesionarias de servicios intermedios de telecomunicaciones a prestar el servicio de larga distancia internacional, las cuales podrían ser filiales o coligadas de empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. Este sistema se denominaría *integración vertical regulada*. En caso de incumplimiento, se aplicarían las sanciones contempladas en el artículo 36 bis de la LGT. Señalan las Consultantes que el respaldo y los principales argumentos que llevaron a aprobar dicha ley constan en el mensaje del proyecto de ley (Boletín N° 1022-15 de 22 de junio de 1993), la discusión del proyecto y el Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones.

1.11. Informan que, gracias a dicha regulación y a la influencia positiva de algunos desarrollos tecnológicos de telefonía móvil e internet en poco tiempo los operadores del sector se multiplicaron y las tarifas cayeron drásticamente. Este cambio habría motivado una nueva modificación legal: la dictación de la Ley N° 20.704, de 6 de noviembre de 2013, que suprimió los incisos 2° y 4° del artículo 26 de la LGT referidos a la integración vertical regulada. Informan que los antecedentes que la motivaron constan en la moción refundida que recogió el proyecto de ley (Boletín N° 8787-19 de 17 de enero de 2013), el Informe de la Comisión de Ciencias, el Informe de la Comisión de Obras Públicas y el Primer Informe de Comisión de Transportes.

1.12. Las Consultantes exponen que las leyes hoy aplicables a este mercado son el fiel reflejo del último y actualizado criterio expresado por el Legislador y el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ejecutivo, en orden a no estimar procedente mantener las restricciones y las exigencias de la Resolución N° 389.

1.13. Así, concluyen que el antiguo esquema de la integración vertical regulada ya no sería un medio necesario, idóneo ni recomendable para obtener los fines de bien público que hace 22 años se estimaron procedentes y, en consecuencia, esta ley eliminó la exigencia de operar en larga distancia mediante una filial y, parcialmente, la exigencia del multicarrier. A su vez, hacen presente que permanecen vigentes las normas sancionatorias del artículo 36 bis de la LGT, las que constituirían una garantía suficiente de desincentivo para desplegar conductas oportunistas contrarias a la libre competencia.

1.14. Sin perjuicio de los fundamentos expuestos, la FNE les habría manifestado a las Consultantes que no existiría certeza jurídica sobre si los cambios legislativos detallados pudieran entenderse como una derogación tácita u orgánica de la prevención contenida en el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389, razón por la cual presentaron esta consulta.

1.15. Con respecto a los servicios concernidos por esta consulta, las Consultantes señalan que corresponden a *“los servicios de telefonía fija y de telefonía de larga distancia en el segmento residencial en todo el territorio nacional”*, atendido que tanto TCH como TLD cuentan con concesiones para operar dentro del país. Explican que dicha afirmación radica en la distinción de los clientes empresas respecto de los clientes residenciales pues los primeros, al manejar mayores montos mensuales de consumo, enfrentan a los oferentes con un mayor poder de negociación.

1.16. En cuanto a las evoluciones que han sufrido los servicios involucrados en esta consulta, las Consultantes señalan, en primer lugar, que los clientes residenciales utilizan entre un 15% a un 25% del tráfico de la red de las Consultantes. Respecto de la participación de mercado, las líneas telefónicas locales de las Consultantes han disminuido considerablemente, desde el año 2000 al año 2014, pasando de un 72% a un 62%. Así también, la participación de mercado de las Consultantes medida en tráfico cursado ha disminuido de un 95% en 1993 a un 46,3% en 2014. Por su parte, el tráfico cursado a través de la red de TLD representaría sólo un 25,5% del tráfico total de larga distancia el año 2014. Asimismo, en los últimos 10 años ha disminuido la cantidad de llamadas de larga distancia internacional en un 74% y su tráfico en minutos en un 56%.

1.17. Ello se debería a dos principales razones: que con el paso de los años la telefonía móvil se ha convertido en sustituta de la telefonía local y que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participaciones de VTR, Entel y Claro han aumentado. Otros motivos de esta evolución serían la eliminación de la larga distancia nacional generada por el desarrollo de la telefonía móvil PCS, el establecimiento del sistema “el que llama paga” y la numeración única nacional desde teléfonos móviles, la masificación del servicio móvil, la unificación nacional de todas las áreas tarifarias para la telefonía local, la evolución de los planes de navegación en el móvil; y la sustitución de la telefonía de larga distancia internacional por llamadas a través de medios gratuitos como Skype, Line o Facebook, producto de la irrupción masiva de los *smartphones*, los que aumentaron en un 96% entre enero de 2013 y diciembre de 2014.

1.18. Por último, las Consultantes hacen presente que TCH se encuentra interconectada con 25 portadores, incluidos los de TLD, y que debe cumplir con el Decreto Supremo N° 44, de 2014, que estableció la obligación de las compañías telefónicas fijas y móviles de implementar un procedimiento para que un suscriptor opte por contratar un plan de larga distancia con uno o varios portadores y para que un cliente de una compañía no tenga barreras de entrada para cambiarse a otra, según sus necesidades de consumo y presupuesto.

1.19. Finalmente, exponen que la operación consultada generaría rebajas del orden del 50%, causadas por ganancias de eficiencia que se derivarían de la unificación de dos redes que se encuentran hoy estructural y legalmente separadas. Con ello se podría gestionar la red como una sola, permitiendo eliminar transacciones y costos administrativos y operacionales. Respecto del cliente final, señalan que se producirían economías en actividades primordiales como la venta, el marketing, la facturación y la posventa.

1.20. En conclusión, las Consultantes exponen que de ejecutarse la operación consultada, en la práctica, sólo significaría que la telefonía local y la telefonía larga distancia sean suministrados por la misma empresa, pero en mercados independientes, uno de telefonía local y otro de larga distancia. De este modo, la operación no reduciría las condiciones de competencia, no aumentaría la posición de dominio de algún actor involucrado y generaría eficiencias que son inherentes al proceso de fusión de dos servicios, por lo que solicitan a este Tribunal que apruebe la operación consultada.

1.21. Asimismo, solicitan que, para el caso en que este Tribunal estime que no se puede pronunciar sobre el fondo de la consulta sin que simultáneamente se pronuncie sobre la necesidad o conveniencia de eliminar o modificar lo señalado en el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389, se extienda su pronunciamiento a la eliminación o modificación de lo indicado sobre la materia en dicha resolución.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES E INTERVINIENTES.

2. Según consta a fojas 32, el 24 de junio 2015 este Tribunal admitió a tramitación esta consulta y ordenó oficiar a la FNE, al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, a la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y a las empresas de telecomunicaciones que ofrezcan servicios de telefonía de larga distancia en el país, a fin de que éstos, así como otros que también tuvieran interés legítimo aportaran antecedentes dentro del plazo de 20 días hábiles, contados desde la publicación de la resolución en el Diario Oficial. La publicación se efectuó el 2 de julio de 2015, según consta a fojas 62.

3. A fojas 64, **Convergia Chile Carrier 112** aportó antecedentes y señaló que el tráfico de larga distancia ha disminuido fuertemente con las modificaciones sufridas en el mercado de la telefonía, trasladándose la comunicación de larga distancia desde la red de larga distancia la red del protocolo IP (*Internet Protocol*). En este sentido, TLD no habría reducido sus ingresos por el cambio en las condiciones de mercado de larga distancia, sino que habrían cambiado de origen a un mercado en el cual también participa TCH. Además, señala que la Subtel no habría sido capaz de analizar la telefonía de larga distancia que se cursa mediante dicho protocolo, pues éste no distinguiría los tipos de servicio que se utilizan en él. En virtud de ello, hace presente su interés en que la Resolución N° 389 siga vigente.

3.1. Sobre la fusión, señala que ésta no debería aprobarse pues acarrearía daños a los portadores de menor tamaño ya que los dominantes, dentro de los cuales se comprende TLD, ofrecerían servicios paquetizados al cliente final y no le traspasarían los ahorros operacionales a los portadores menores. Además, indica que, al día de hoy y sin que las Consultantes hayan efectuado alguna modificación en su estructura, las empresas portadoras dominantes han realizado la artimaña de hacer contratar servicios de larga distancia con la compañía telefónica.

3.2. En subsidio, solicitan que se ordene a las empresas locales dominantes entregar una oferta particular por enlaces y, que mientras ello no suceda, no se permita el cambio de determinadas interconexiones. Solicita, además a este Tribunal, que el comportamiento de los dominantes sea investigado, ya que la conducta de los portadores dominantes han cambiado el sentido de la Resolución N° 389 y han efectuado cambios sin solicitar su visto bueno.

4. Según consta a fojas 76, el **Colegio de Ingenieros de Chile A.G.** aportó antecedentes señalando que la telefonía de larga distancia internacional es un servicio que ha perdido importancia en los últimos años al ser sustituido por diversas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aplicaciones de internet. De ese modo parecería no tener sentido seguir exigiendo que dicho servicio sea prestado mediante una filial separada, respecto de la cual ya no pesaría una obligación legal.

4.1. Sin perjuicio de lo anterior, indican que la exigencia de operar mediante una filial estaría basada en la doctrina de las facilidades esenciales, lo cual seguiría siendo aplicable. Por razones históricas dicha resolución sólo se habría referido a telefonía local y larga distancia, sin incluir otras prestaciones más recientes (como telefonía móvil, acceso a internet, aplicaciones sobre internet) ni a los operadores móviles virtuales.

4.2. Por lo anterior, el Colegio de Ingenieros de Chile A.G. señala que es importante que la eventual aprobación de la fusión consultada y la modificación o eliminación de la Resolución N° 389 no se entienda como el cese de la obligación que pesa sobre la empresa fusionada y sobre cualquier otro operador dominante con redes propias de larga distancia de seguir proveyendo acceso en condiciones de mayoristas a los demás operadores del país, sea para la provisión de servicios competitivos, sea para fines de respaldo.

5. Según consta a fojas 106, el interviniente **VTR Comunicaciones SpA** aportó antecedentes, señalando que ya no existiría un mercado de larga distancia que proteger porque se suprimieron los servicios de larga distancia nacional en virtud de la Ley N° 20.704. Además, indica que los servicios de larga distancia internacional enfrentarían hoy una fuerte competencia de parte de servicios sustitutos que han proliferado fruto del avance tecnológico y de la masificación de los servicios de internet. Lo anterior ha permitido la aparición de aplicaciones digitales que ofrecen servicios de llamadas gratuitas o de bajo costo, sin consideración a la distancia existente entre las partes de la llamada.

5.1. VTR estima razonable que la supresión en la LGT de la exigencia de separar comercial y jurídicamente a los prestadores de telefonía local y larga distancia sea ratificada a nivel jurisprudencial. Máxime si se considera que este procedimiento no afectará todas las demás obligaciones, condiciones y exigencias procompetitivas que tanto la Excm. Corte Suprema como este Tribunal, y antes la H. Comisión Resolutiva, han impuesto a lo largo de los años a las Consultantes.

6. Según consta a fojas 110 y 218, la **Fiscalía Nacional Económica** aportó antecedentes. En primer término, señaló que corresponde precisar, el alcance y vigencia de la Resolución N° 389. Indica que, de estimarse que la decisión de la H. Comisión Resolutiva tendría la naturaleza de una sentencia judicial, resultaría plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

República. En consecuencia, no cabría cuestionarse el supuesto efecto derogatorio que una ley puede tener sobre resoluciones judiciales, puesto que sólo compete a los tribunales de justicia revisar el fundamento de sus resoluciones, no pudiendo los particulares negarse a cumplirlas bajo el pretexto de que alguna ley habría privado de fundamento dicha resolución.

6.1. Por otra parte, de estimarse que tendría la naturaleza de una instrucción general, la prerrogativa nacería como consecuencia de una potestad administrativa y, en consecuencia, se entendería tácitamente derogada en todo aquello que contradiga leyes y reglamentos posteriores dictados sobre la misma materia. Sin embargo, la Ley N° 20.704 se limitó exclusivamente a derogar los incisos 2° y 4° del artículo 26 de la LGT, sin autorizar expresamente la integración de las sociedades separadas. Producto de ello, no podría pretenderse extender sus efectos más allá de lo que la misma ley expresamente prevé.

6.2. Con todo, la Resolución N° 389 se encontraría vigente en los aspectos no contradictorios con la LGT y, por lo tanto, en principio no sería admisible la integración entre las Consultantes con tal propósito antes de su modificación o derogación.

6.3. Luego, la Fiscalía describe la industria de las telecomunicaciones de larga distancia internacional como una cadena que comprende servicios afines, a saber: (i) red local: transporta la llamada iniciada en un punto determinado del país por la red de telefonía local correspondiente hasta el punto de terminación de red (PTR); (ii) red nacional: concesionario que transporta la llamada hasta los distintos centros de conmutación internacional (CCI) donde puede conectarse con el portador correspondiente; (iii) *carrier* de larga distancia: encargado de conducir la llamada recibida de la red nacional hasta el enlace internacional; y, (iv) *broker* internacional: medio por el cual el *carrier* transporta la llamada fuera de Chile y realizan la conexión final con la red del país de destino.

6.4. A continuación, señala que conforme a la información recabada determinó que el mercado relevante correspondería al de “*servicios intermedios de telefonía de larga distancia internacional, el cual comprende las llamadas hacia otros países y que son efectuadas a través de portadores o carriers, sujeta a las tarifas establecidas por éstos*”. Ello, sin perjuicio de estimar que las posibilidades de comunicarse al extranjero a través de nuevas tecnologías son bastante amplias, pero difícilmente medibles para los fines de esta consulta. En relación con el aspecto geográfico, la FNE determinó que correspondería al territorio de la República de Chile, considerando que las referidas empresas cuentan con la concesión para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operar a lo largo de todo el país.

6.5. La FNE expone que en 1993, la Compañía de Teléfonos de Chile, CTC (actualmente TCH) poseía una participación del 95% a nivel nacional y Entel controlaba el servicio de larga distancia de manera prácticamente exclusiva. En dicho escenario, la regulación contenida en la Resolución N° 389 permitió mejorar las condiciones de calidad y variedad de oferta, disminuir el precio, expandir y profundizar la red de telefonía móvil en el territorio nacional, y cautelar el adecuado desarrollo de los diferentes servicios de telefonía de la época. Asimismo, el mercado actual de las telecomunicaciones tendría marcadas diferencias con aquel que se desarrolló en los noventa debido a los avances tecnológicos y la innovación.

6.6. Así, a marzo de 2015, la cuota de mercado de TCH sería de un 45,2%, mientras que la de VTR, Entel, GTD y Claro sería de 20,8%, 14,1%, 10,2% y 7,6%, respectivamente, completando la totalidad. Adicionalmente, indica que las líneas fijas de telefonía no se han incrementado desde el 2013 producto de la gradual sustitución de este servicio por el de telefonía móvil, el que ha experimentado un crecimiento sostenido durante el período 2000-2014. Esta situación habría sido reconocida por este Tribunal en su Informe N° 2 de 2009 y por la Ley N° 20.704 de 2013, que unificó el territorio nacional en una zona primaria única y reconoció el reemplazo de la larga distancia por los servicios de protocolo IP y otras aplicaciones de mensajería vía internet.

6.7. En relación con el servicio de telefonía de larga distancia internacional, la FNE observa una caída cercana al 40% en el tráfico total de salida desde su punto más alto el año 2002, con un total de 329 millones de minutos, en comparación con el año 2014, que llegó a los 193 millones de minutos. Algo similar se aprecia en la cantidad total de llamadas, en donde percibe una caída aproximada de un 75% desde el punto más alto en el año 2004, con un total de 225.837 llamadas, en comparación con el año 2014, con un total de 54.451 llamadas. A su vez, observó que el tráfico ha tendido a migrar desde su origen hacia las redes móviles pasando a representar un 45% en 2014 de participación de mercado. Adicionalmente, al comparar las tarifas promedio por minuto del año 2000 con las del 2015, éstas habrían disminuido en un porcentaje cercano al 80% para los principales destinos.

6.8. En cuanto a los portadores, en el año 1993 se registraban 2 y en el año 2015, 59. De estos 59 portadores, 46 corresponden a portadores de telefonía local y 13 de telefonía móvil. De los 46 portadores de telefonía local, sólo 26 continúan activos. Al mismo tiempo, las participaciones determinadas por conglomerados serían similares tratándose de telefonía local y móvil en servicios intermedios de telefonía

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de larga distancia internacional. Esto es, 41,4% en Entel; 32% en TLD; 9,4 en VTR y otras para telefonía local. Por su parte, 42,2% de TLD; 42,1% de Entel y 17,4% de Claro en telefonía móvil.

6.9. La FNE expone que las telecomunicaciones han presentado un proceso de convergencia tecnológica que ha tenido como consecuencia un alto grado de sustituibilidad en todos los servicios asociados a esta industria, como el protocolo IP, los Servicios *Over The Top* (en adelante, "OTT"), la televisión de pago e internet. Particularmente, el protocolo IP ha ido ganando en proporción, aproximándose a disputar el 40% del total a la telefonía tradicional de larga distancia. Por su parte, una sola de las aplicaciones OTT alcanzaría un tráfico cuatro veces mayor que el de la compañía de comunicaciones más grande del mundo.

6.10. No obstante lo anterior, la FNE estima que la telefonía de larga distancia internacional estaría presente por varios años más, pues ningún otro servicio de comunicación posee su alcance global y ubicuidad.

6.11. En cuanto a las barreras de entrada, la FNE, por una parte, considera como tales aquellas asociadas a los requisitos exigidos por la LGT y su reglamento. Por otra parte, respecto de aquellas relativas a la infraestructura la FNE las desestima puesto que la misma LGT prevé la obligación de estos concesionarios de establecer y aceptar interconexiones de modo de asegurar que los suscriptores y usuarios puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional, de modo equitativo y no discriminatorio respecto de cada uno de los concesionarios de servicios intermedios de telefonía de larga distancia internacional. Finalmente, la Fiscalía concluye que no existirían barreras de entrada adicionales a las barreras legales.

6.12. La FNE hace presente que espera un mayor grado de concentración de la industria de larga distancia, debido a las caídas en las rentabilidades que ésta ofrecería y que, de aprobarse la operación consultada, otras empresas en similar situación también la realizarían. La FNE expone que, por lo anterior, revisó los riesgos que fueron identificados a propósito de la dictación de la Resolución N° 389.

6.13. En materia de subsidios cruzados, éstos estarían subsanados ya que los portadores pagarían importes regulados en virtud de una serie de decretos tarifarios emanados de la Subtel.

6.14. Con respecto a la posibilidad de discriminar en la calidad y aptitud de los servicios prestados a los portadores que compiten con TLD dentro del mercado de larga distancia internacional, señala que también se encontrarían subsanados dado que la LGT contempla expresamente esa prohibición y los distintos decretos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifarios regularían de manera explícita la calidad de las interconexiones que deben ofrecer las compañías telefónicas.

6.15. Sobre el riesgo de establecer tarifas predatorias, la FNE indica que la H. Comisión Resolutiva ya habría dejado resuelta la forma de evaluar este tipo de conductas en caso de verificarse. Agrega que este mercado podría ser de eventual interés de observar por este Tribunal por cuanto aún perviven una serie de concesionarios de servicios intermedios que requieren necesariamente del transporte nacional de datos entre las distintas zonas primarias.

6.16. En relación con la posibilidad de desplegar eventuales conductas que configuren ventas atadas o empaquetamiento de servicios de larga distancia internacional con otros servicios, la Fiscalía señala que se debería adoptar la lógica de las Instrucciones de Carácter General N° 2 de este Tribunal.

6.17. Por último, y en relación con las eficiencias, Fiscalía estima que en la medida que las rebajas estén asociadas a ahorros en costos fijos, difícilmente podrían ser traspasados a los consumidores finales, al menos en el corto o mediano plazo. Por ende, no le resulta posible apreciar eficiencias manifiestas que redunden en un beneficio al consumidor final respecto de los servicios de larga distancia internacional.

7. Según consta a fojas 149, aportó antecedentes la **Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.**, quien indica que es un portador que utiliza las redes de TCH y su relacionada Telefónica Móviles Chile S.A. y que compite, entre otros, con TLD.

7.1. Señala que el servicio de larga distancia internacional es un servicio intermedio cuya reglamentación permanece vigente y que no ha sido suprimida con la eliminación del inciso 2° del artículo 26 de la LGT. Es más, no constaría en la historia de la Ley 20.704 que uno de sus objetivos haya sido la eliminación de la integración vertical regulada. En efecto, la regulación de la integración vertical tenía por objeto evitar los subsidios cruzados o transferencias de costos entre las empresas, mientras que con la dictación de la ley se pretendía únicamente la eliminación de la larga distancia nacional.

7.2. Informa que TCH es el principal proveedor de servicio de telefonía local y que, en el caso de aprobarse la operación consultada, Entel ya no tendrá la posibilidad de conocer las condiciones en que TCH se ofrezca a sí misma la prestación de los servicios, ni de exigir la extensión de tales condiciones. Por ello, deberían revisarse las justificaciones para eliminar un requisito destinado a garantizar el trato igualitario entre competidores de larga distancia internacional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, deberían controlarse los incentivos de la empresa fusionada para paquetizar los distintos servicios prestados en diversas plataformas de telecomunicaciones. Este último riesgo ya ha sido advertido por este Tribunal, particularmente en las Instrucciones de Carácter General N° 2, y podrían generarse como resultado de la fusión consultada al aprovechar su posición como principal actor en telefonía local y banda ancha fija para extender ese poder a los servicios de larga distancia internacional.

7.3. Entel señala que las Consultantes no han aportado antecedentes en cuanto a la forma en que la empresa fusionada daría cumplimiento a las reglas del servicio de larga distancia internacional como servicio intermedio y separado del servicio de telefonía local; tampoco explican cómo justificarían la existencia de cargos de acceso de entrada y salida si presta ambos servicios, colocándola en una posición ventajosa.

7.4. Afirma, además, que los artículos 24 bis, 25, 30 G, 36 bis de la LGT asumen una personalidad jurídica distinta entre portadores y compañías telefónicas, por lo que estas reglas no tendrían sentido si un concesionario de telefonía local estuviese autorizado por la LGT para prestar el servicio de larga distancia internacional.

8. Según consta a fojas 167, aportó antecedentes **Voissnet S.A.**, quien afirma que las Consultantes pasan por alto que dentro de los activos de TLD que quedarían bajo la tutela y administración de TCH se encontraría la red de fibra óptica. Esta red abarcaría las zonas comprendidas entre la frontera con Perú hasta Puerto Montt, y cuatro sistemas de cables terrestres internacionales. Por otra parte, sólo Entel y Claro poseen redes nacionales de fibra óptica de larga distancia, pero estas no poseen el respaldo ni la capacidad de la red de TLD. Adicionalmente, hace presente que el Grupo Empresarial Telefónica en Chile, a través de empresas filiales, es también dueño de una de las dos redes de fibra óptica submarina que conecta al país con el exterior.

8.1. En cuanto al mercado relevante, Voissnet lo define como “*el mercado del transporte digital de información de larga distancia en Chile*”, debido a que las redes de fibra óptica –que constituyen facilidades esenciales– se utilizan para más servicios relevantes, además de la sola telefonía, como acceso a internet, televisión abierta y de pago, servicios privados de datos, servicios de emergencia, los que pueden ser incluso más importantes.

8.2. Voissnet explica que el protocolo IP permitiría al consumidor elegir aplicaciones informáticas de terceros e impediría a los proveedores de acceso a internet discriminar en función del contenido y la aplicación que éstos usan. En este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentido, los proveedores de servicio de internet deberían cobrar por ancho de banda o por consumo máximo de bits en un período determinado, tal como lo hacen las empresas de telefonía móvil.

8.3. En su opinión, no sólo deberían separarse en empresas independientes las operaciones de las empresas dueñas de infraestructura de larga distancia de las dueñas de la última milla, tanto fijas como inalámbricas; sino que, también, deberían quedar a cargo de propietarios diferentes, tal como ocurrió en el sector eléctrico.

8.4. Expone que aunque efectivamente existan numerosos *carriers*, proveedores de servicios de internet, canales de televisión, operadores de telefonía por internet, empresas de video conferencia, todas ellas deben contratar directa o indirectamente los servicios de TCH, Claro o Entel para poder tener la cobertura nacional que requieren. Estas empresas concentran el 98% de ese mercado; poseen las facilidades esenciales de larga distancia, siendo TCH la de mayor participación; y se encuentran todas integradas verticalmente.

8.5. Por lo demás, señala Voissnet que si bien es necesaria una desregulación, se justificaría una revisión exhaustiva de la competencia en el sector por la integración vertical existente, los altos precios que pagan los consumidores en su acceso a internet fija y móvil en relación a los países de la OCDE, la deficiente calidad de las redes y su continuidad de servicio, los innumerables reclamos de los consumidores y la gran cantidad de juicios de abusos a la libre competencia.

8.6. En concreto, para incrementar la competencia en el mercado de la telefonía propone establecer mecanismos para asignar códigos multicarrier internacional a todas las empresas de telefonía local, móvil y de protocolo IP. En su defecto, sugiere eliminar los códigos multicarrier y extender las concesiones telefónicas de cualquier tipo a la operación de tráfico internacional, permitiendo al usuario final elegir una empresa de larga distancia internacional por defecto, con el derecho a portar su servicio de larga distancia internacional a otro operador en cualquier momento, tal como ocurre hoy en la telefonía local y móvil.

8.7. Asimismo, propone que, al resolver esta consulta, este Tribunal ponga como condición que se separe la propiedad de las empresas dueñas de las redes de fibra óptica de larga distancia de las empresas dueñas de las redes de última milla y obligar a las actuales dueñas de estas redes a vender pares de fibra óptica *oscura* a terceras empresas. Conjuntamente, recomienda revisar las normas técnicas de interconexión entre proveedores de servicios de internet, precios de interconexión, precios de enlaces metropolitanos, precios y estructura de precios en banda ancha fija y móvil, descuentos por volúmenes, etcétera.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.8. En concreto, a juicio de Voissnet no sería factible aprobar la operación consultada sin que ello implique enormes riesgos para la libre competencia, en tanto se fortalecería la posición de aquel incumbente que ha vulnerado la normativa del ramo en reiteradas oportunidades.

9. Según consta a fojas 149, aportó antecedentes **Netline Multicarrier S.A.** quien como portador que utiliza medios de terceros y presta servicios intermedios de telecomunicaciones, definió el mercado relevante de la operación consultada como *“el mercado de larga distancia internacional, incluyendo clientes corporaciones, empresas y residenciales, y asimismo, también el mercado de infraestructura y redes”*. Señala que incluye al segmento corporaciones y empresas porque en ese segmento disputan las empresas de telefonía de larga distancia internacional y, asimismo, incluye al mercado de infraestructura y redes de las que es dueña TLD porque los portadores utilizan dichas facilidades esenciales y, respecto de ellas, los portadores podrían ser discriminados en atención a que TCH es dominante en los servicios de telefonía local.

9.1. Explica que, producto de la fusión, TCH no pagará los cargos de acceso que deben pagar los portadores, lo que se traduce en una situación de ventaja excesiva para las Consultantes en relación con sus competidores, tanto de telefonía local como de larga distancia.

9.2. Por último, Netline solicita que la Resolución N° 389, que a su juicio se encuentra plenamente vigente por contener regulaciones claramente complementarias, se extienda a otros servicios.

10. Según consta a fojas 201, aportó antecedentes la **Subsecretaría de Telecomunicaciones** quien informó que TLD habría solicitado, en marzo de 2015, autorización para transferir ocho concesiones. Subtel habría suspendido dicha tramitación, atendido la directa incidencia que la resolución de este Tribunal tendría en lo que resolverá dicha Subsecretaría.

10.1. La Subtel informó que, en el origen de la Resolución N° 389, se tuvieron a la vista las circunstancias tecnológicas de la época, en cuanto éstas permitían asegurar el cumplimiento de las medidas impuestas para que operase el servicio de larga distancia. En particular, se consideraron como herramientas de control y fiscalización para evitar comportamientos anticompetitivos el control de la calidad de las interconexiones, el multicarrier y la identificación de los costos de transferencia (mediante la integración vertical regulada). La misma resolución encomendó a la Subtel implementar y cumplir las condiciones que en ella se señalaban.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.2. Posteriormente, la resolución fue recogida por la Ley N° 19.302 de 1994, que introdujo los artículos 24 bis y 36 bis, y sustituyó los artículos 25 y 26 por el texto en ella consignado. Numerosos pasajes de la historia de la ley darían cuenta de que el propósito de esta legislación era evitar comportamientos discriminatorios, subsidios cruzados y otros riesgos, mediante herramientas de control y fiscalización, como conocer los costos de transferencia.

10.3. Sin embargo, durante la vigencia de la ley, se advirtió la existencia de confusiones territoriales para los usuarios respecto de la larga distancia nacional y el desarrollo de un nuevo fenómeno denominado *convergencia tecnológica*. Hace presente que la industria de las telecomunicaciones se caracteriza por un alto dinamismo tecnológico, el que ha alcanzado una convergencia de redes y servicios que permiten el uso de diferentes tecnologías en una misma plataforma y el uso de terminales de multiservicio.

10.4. La Subtel estimó que el mercado de la telefonía larga distancia nacional era un mercado competitivo y maduro; que se había abierto mediante la prestación del servicio de telefonía local inalámbrica, aumentando con ello el nivel de cobertura; y que había disminuido de manera importante junto con el mercado de la telefonía local. La disminución del uso de la telefonía local y larga distancia se debería principalmente a la sustitución por la telefonía móvil y por servicios OTT (como Skype, Viver, Googletalk), servicios de chat (como Whatsapp, Facebook, Line), entre otras aplicaciones tecnológicas. De lo anterior concluye que la competencia se comenzó a dar por el servicio de voz, independientemente de la plataforma por la cual se entregara dicho servicio.

10.5. Lo anterior, junto a la estructura de costos que implicaba mantener la larga distancia nacional, había hecho necesario adaptar la regulación sectorial y dictar la Ley 20.704 de 2013, que constituía el país como zona primaria, simplificando la forma de hacer las llamadas y aumentando la transparencia en el mercado. En opinión de la Subtel, el objeto de esta ley consistía únicamente en la eliminación del servicio de larga distancia nacional y, por ello, se suprimió del artículo 26 de la LGT su inciso 2°. Esta medida se aplicaba exclusivamente a los servicios de voz de larga distancia nacional como internacional, pero no a otros servicios distintos que podrían prestarse por las mismas redes. En este contexto, la intención del legislador no habría sido eliminar el servicio de larga distancia internacional sino, únicamente, eliminar la distinción de zonas primarias.

10.6. La Subtel, a pesar de dicha modificación, precisa que a los dueños de infraestructuras aún le asistiría la obligación de otorgar facilidades esenciales en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

virtud del artículo 24 bis de la LGT, cuya infracción se encuentra sancionada por el artículo 26 de la LGT.

10.7. En particular sobre la Consulta, señala que debería considerarse que las condiciones en el mercado de voz local y larga distancia han sufrido cambios radicales desde la época en que se dictó la Resolución N° 389, conforme se mencionó respecto de los servicios de telefonía local, la larga distancia y telefonía móvil. Añade que comparte la observación de la Fiscalía en el sentido que el transporte de la señal de voz puede ser marginal y que la convergencia tecnológica permite que sobre las mismas redes se presten distintos servicios.

10.8. A continuación, la Subtel informa que TLD es concesionaria de servicios públicos de transmisión de datos y de servicios intermedios y que cuenta con una importante cantidad de activos de red.

10.9. Indica que, eventualmente, la operación consultada podría afectar la transparencia de la información respecto de las características y precios de los servicios intermedios provistos a otros concesionarios, al desaparecer la facturación propia entre sociedades distintas respecto de los servicios que se presten a sí mismas con las distintas concesiones.

10.10. En la actualidad, las principales redes de transporte de voz y de datos se integran en concesiones de servicios intermedios y sus principales titulares son personas jurídicas asociadas a los grupos Telefónica, Entel y Claro, sin perjuicio de la existencia de redes en zonas menores entre la región XV y X.

10.11. De lo anterior concluye que el desarrollo y la competencia en el mercado de las telecomunicaciones dependerán fundamentalmente del acceso y uso no discriminatorio de las denominadas redes de transporte de datos nacionales e internacionales, que se encuentran desreguladas. De este modo, propone evitar que las ineficiencias del mercado de la voz se trasladen al mercado de Internet y transporte de datos.

10.12. Por último, la Subtel advierte la conveniencia de contar con algún mecanismo que permita la transparencia de los costos de prestación del servicio de transporte y de disponer la obligatoriedad de que empresas que soliciten la integración de sus servicios observen prácticas y condiciones que no resulten contrarias con la LGT y sus reglamentos, especialmente en lo relativo a las condiciones comerciales a mayoristas, accesos no discriminatorios, continuidad de contratos con terceros y otras como mantener el multicarrier discado de larga distancia internacional, condiciones de servicio, o no condicionar la oferta de servicios de larga distancia internacional a otros.

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

E. AUDIENCIA PÚBLICA.

11. A fojas 216 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 15 de octubre de 2015, a las 10:00 horas. La publicación correspondiente se efectuó el 11 de septiembre de 2015 en el Diario Oficial, según consta a fojas 237.

12. La audiencia pública se realizó el 15 de octubre de 2015 y en ella intervinieron los apoderados de las Consultantes y de la FNE, Entel, Voissnet y Netline.

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA.

13. El objeto de esta consulta es obtener un pronunciamiento de este Tribunal sobre una operación de fusión por incorporación de la sociedad Telefónica Larga Distancia S.A. en la sociedad Telefónica Chile S.A. Las Consultantes se han propuesto materializar esta operación que, a su juicio, se encontraría en absoluta armonía y legitimidad, tanto respecto de la normativa de telecomunicaciones como de aquella que protege la libre competencia en los mercados.

14. Señalan las Consultantes que la presente consulta es pertinente para tener claridad y la necesaria certeza jurídica sobre los efectos y el alcance de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.704 de 2013, en relación con el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 de la H. Comisión Resolutiva. En virtud de esta Resolución se reguló –en parte– la integración vertical entre empresas de telefonía que prestan servicios locales y de larga distancia. Conforme a dicha regla, “[l]as empresas que se integren verticalmente, para dar servicios locales y de larga distancia nacional e internacional, deben hacerlo por medio de empresas filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas abiertas, perfectamente diferenciadas, de modo que sea posible identificar, fácilmente, entre otros factores, los costos de transferencia”.

15. La materia regulada en el Decisorio I, letra b), de dicha Resolución fue posteriormente incorporada en la LGT, en virtud de las modificaciones introducidas a dicho marco legal por la Ley N° 19.302, de 1994. En particular, esta última ley incorporó como nuevo inciso 2° del artículo 26, lo siguiente: “Sin embargo, sólo empresas concesionarias de servicios intermedios de telecomunicaciones constituidas como sociedades anónimas abiertas, las que podrán ser filiales o coligadas de empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, podrán instalar, operar y explotar medios que provean funciones de conmutación o transmisión de larga distancia correspondientes al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicio público telefónico, prestar servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y establecer convenios con corresponsales extranjeros para ese efecto”.

16. La incertidumbre se generaría porque la Ley N° 20.704 de 2013, que introdujo una serie de modificaciones a la LGT con el objeto de eliminar el servicio de larga distancia nacional, derogó el citado inciso 2° del artículo 26. De esta forma, no resultaría claro, a juicio de las Consultantes, que dicha modificación haya derogado tácita u orgánicamente del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389.

17. Sin embargo, sostienen las Consultantes que la operación consultada no perjudica la libre competencia, atendidos los notables cambios y avances tecnológicos que ha experimentado el sector de las telecomunicaciones desde 1993, año en que se dictó la mencionada Resolución hasta ahora.

18. Por dichas razones, solicitan a este Tribunal que se apruebe la operación consultada en forma pura y simple. En subsidio de esta solicitud, las Consultantes piden a este Tribunal que, simultáneamente, se pronuncie sobre la conveniencia de eliminar o modificar el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389, en el caso de que esto se estime necesario para poder pronunciarse sobre la operación consultada.

19. Para efectos del análisis que debe efectuar este Tribunal sobre los hechos, actos y contratos por celebrarse y que son objeto de esta consulta, adoptará la siguiente metodología: i) en primer lugar, se revisará someramente el marco jurídico aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones y los servicios intermedios de larga distancia; ii) enseguida, se determinará si el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 continua vigente, para lo cual se analizará su naturaleza jurídica así como las modificaciones introducidas a la LGT por las Leyes N° 19.302 y N° 20.704; iii) en caso de concluir que dicho Decisorio no fue derogado tácita u orgánicamente, se evaluará la necesidad de modificarlo o derogarlo, para lo cual se efectuará un análisis comparativo y dinámico de las condiciones de competencia que existían en la época de su dictación y su situación actual, y se analizarán, en particular, los riesgos que se tuvieron a la vista para dictar dicha resolución; iv) luego, y en el caso que no se derogara el Decisorio I, letra b), de la Resolución, no se analizará la fusión consultada por prohibirla expresamente dicha Resolución. En caso de que se derogara, se analizará la fusión consultada; los riesgos que podrían existir para la libre competencia; las eficiencias si ello fuere necesario; y, por último, la conveniencia de aprobar o rechazar la operación consultada.

G. MARCO JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES

20. Existe una cantidad considerable de normas que regulan las actividades relacionadas con las telecomunicaciones en leyes, decretos supremos que aprueban reglamentos de aplicación general y resoluciones de diversas autoridades. De este modo, las principales regulaciones de esta actividad que dicen relación con la materia consultada son la LGT, el Decreto N° 18 de 2014 Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante indistintamente “RST”); el Decreto N° 189, de 1994, Reglamento para el Sistema de Multiportador Discado, Contratado del Servicio Telefónico de Larga Distancia Nacional e Internacional (en adelante, indistintamente “Reglamento Multiportador”); y, la Resolución N° 4.783 exenta que “Establece Plan de Implementación del Proceso de Constitución del País en una Única Zona Primaria con el Objeto de Eliminar la Larga Distancia Nacional, Inicia la Marcación a 9 Dígitos en la Telefonía Local y el Proceso de Implementación de la Portabilidad entre Redes”.

21. La LGT es el marco general de las telecomunicaciones en Chile. En ella se definen los servicios de telecomunicaciones y se regulan, entre otras materias, las concesiones y permisos que requieren quienes deseen usar y gozar de frecuencias de espectro radioeléctrico; la explotación y funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones; el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones; el régimen de tarifas de ciertos servicios cuando las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria; y un estatuto de infracciones y procedimientos para la aplicación de sanciones.

22. El artículo 3° de la LGT clasifica y define los distintos servicios de telecomunicaciones. De dicha clasificación interesan a este asunto las definiciones de los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, contenidas en las letras b) y e) del mismo artículo. Conforme al primero de ellos, los servicios públicos de telecomunicaciones son aquellos “*destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general*”, los que “*deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones*”. Por su parte, los servicios intermedios de telecomunicaciones son aquellos “*constituidos por los servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general, o a prestar servicio telefónico de larga distancia internacional a la comunidad en general*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. El RST, no obstante reconocer las categorías establecidas para cada servicio de telecomunicaciones que recoge el artículo 3° de la LGT, indica, en su parte considerativa letra g), que la convergencia tecnológica *“pone en entredicho aquellas políticas regulatorias basadas en una regulación segmentada de servicios, cuya rigidez desconoce los aspectos transversales o elementos comunes a muchos de ellos, fundamentalmente en lo concerniente al ejercicio de los derechos y obligaciones que emanan de su provisión y del acceso a los mismos, es decir, tanto para sus proveedores como para sus usuarios”*.

24. Que sin perjuicio del considerando citado, en la ley aún existe dicha clasificación, la que también está recogida en el Reglamento Multiportador, según se indicará más adelante. Por lo mismo, si bien este Tribunal comparte la apreciación señalada en el RST, en lo sucesivo se referirá, en particular, a la regulación de la concesión de servicios públicos de telecomunicaciones e intermedios de larga distancia.

25. Para poder instalar, operar y explotar los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones se requiere ser una persona jurídica constituida en Chile y contar con una concesión otorgada por decreto supremo, la que se otorga por un plazo de 30 años, renovable por períodos iguales. El artículo 14 de la LGT señala que el tipo de servicio y el período de concesión son los elementos de la esencia de una concesión de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, exigiendo, además, que en el respectivo decreto supremo se deje constancia de *“su titular, la zona de servicio, las características técnicas de las instalaciones que se especifiquen en los planes técnicos fundamentales correspondientes al tipo de servicio, el plazo para iniciar la construcción de las obras y para su terminación, el plazo para el inicio del servicio, la ubicación de las radioestaciones, excluidas las móviles y portátiles, su potencia, la frecuencia y las características técnicas de los sistemas radiantes”*.

26. El artículo 24 bis inciso 2° de la LGT explica que *“[e]l concesionario de servicio público telefónico deberá ofrecer, dar y proporcionar a todo concesionario de servicios intermedios que provea servicios de larga distancia internacional, igual clase de accesos o conexiones a la red telefónica”*.

27. En particular, se denomina *compañía telefónica* a la concesionaria de servicio público telefónico; se denominan *portadores* a los concesionarios de servicios intermedios que prestan servicios de larga distancia a los suscriptores y usuarios de telecomunicaciones (artículo 3° del Reglamento Multiportador). Ambos encuentran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su regulación en la LGT y en el Reglamento Multiportador.

28. El artículo 2° del RST establece en su letra b) que el Servicio Telefónico de Larga Distancia es el *“servicio de telecomunicaciones destinado a las comunicaciones de larga distancia que los portadores ofrecen en virtud de sus respectivas concesiones de servicios intermedios a los suscriptores y usuarios”*. Y el artículo 26 de la LGT señala que *“[t]oda comunicación que exceda el territorio nacional será considerada de larga distancia internacional para los efectos de esta ley”*.

29. Las relaciones entre la compañía telefónica y el portador conllevan una serie de obligaciones. Las principales obligaciones de la compañía telefónica están detalladas en los artículos 24 bis, 25, 26, 29 y 36 bis de la LGT y los artículos 9, 20, 29 y 38 del Reglamento Multiportador que al efecto indican que *“[t]oda llamada de larga distancia cursada a través de la red telefónica, debe ser encaminada hacia el portador elegido por el suscriptor o usuario, correspondiendo al portador realizar las funciones de transmisión o conmutación de larga distancia, ya sea con medios propios o de otros portadores, necesarias para su encaminamiento hacia la red que corresponda”* (artículo 9 del Reglamento Multiportador); Además, *“[l]a compañía telefónica no podrá discriminar, en modo alguno, respecto de la calidad de los servicios que preste a los portadores [...]”* (artículos 24 bis inciso 2° de la LGT y 20 del Reglamento Multiportador); *“[la compañía telefónica] debe ofrecer, dar y proporcionar a todos los portadores, igual clase de accesos o conexiones en los puntos de terminación de red que se le haya fijado”* e *“igualdad de condiciones económicas, comerciales, técnicas y de información, las facilidades que sean necesarias para establecer y operar el sistema de multiportador contratado”* (artículos 24 bis inciso 4° de la LGT y 38 del Reglamento Multiportador).

30. Por otra parte, las obligaciones del portador con la compañía telefónica radican principalmente en la obligación de interconexión. A saber, el portador *“estará obligado a proveer servicios [de larga distancia internacional] a otros concesionarios de servicios intermedios que presten también servicios de larga distancia internacional, en condiciones no discriminatorias”* (artículo 24 bis inciso 10° de la LGT) y *“estará obligado a aceptar y establecer las interconexiones que le sean solicitadas con ese propósito”* (artículo 25 de la LGT). También deberán *“establecer y aceptar interconexiones, según las normas técnicas, procedimientos y plazos que establezca la [Subtel...]”* y será de su exclusiva responsabilidad acceder a la red local de cada zona primaria en el o los puntos de terminación de red fijados por la Subtel (artículo 25 de la LGT).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. El incumplimiento de las disposiciones de los artículos 19 bis, 24 bis, 25 y 26 de la LGT, y sus reglamentos, será sancionado con multas no inferiores a 100 ni superiores a 10.000 unidades tributarias mensuales (artículo 36 bis de la LGT).

32. Finalmente, el RST contiene una clasificación del servicio público de voz que agrupa al servicio público local, el móvil y los del mismo tipo. Actualmente, la industria se refiere a la telefonía local como aquella que comprende la telefonía fija y fija inalámbrica, es decir, aquella que no es móvil, criterio que seguirá este Tribunal en lo sucesivo.

H. VIGENCIA DEL DECISORIO I, LETRA B), DE LA RESOLUCIÓN N° 389 DE LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA

33. El 31 de agosto de 1989, la Fiscalía Nacional Económica elevó a la H. Comisión Preventiva Central una consulta que le formulara la Subtel sobre ciertas concesiones que le habían sido solicitadas por algunas empresas del sector. En particular, la consulta de Subtel tenía por objeto determinar si la participación de empresas de telefonía local en los servicios de larga distancia nacional e internacional podía afectar la libre competencia.

34. Mediante el Dictamen N° 718 de 16 de octubre de 1989, la H. Comisión Preventiva Central determinó que, atendido el desarrollo tecnológico (de ese entonces) de las telecomunicaciones en Chile, las empresas de telefonía local no podían participar –directa o indirectamente– en la prestación de servicios de larga distancia nacional o internacional hacia o desde su zona de concesión; y, que las empresas que prestan servicios de larga distancia no podían prestar servicios locales.

35. Dicho dictamen fue reclamado por diversas empresas de telecomunicaciones ante la H. Comisión Resolutiva, la que acogiendo los recursos dictó la Resolución N° 332, de 1989, que dispuso que las empresas de telefonía local podían participar en la prestación de servicios de larga distancia nacional o internacional mediante el llamado sistema de multicarrier discado, y permitió que las empresas que prestan servicios de larga distancia presten servicios locales. Para estos efectos, fijó una serie de condiciones entre las cuales destacan la obligación de las empresas de telefonía local de dar acceso a los prestadores de servicios de larga distancia y la denominada integración vertical regulada, esto es, la obligación impuesta a aquellas empresas que deseaban participar en los distintos segmentos de constituir sociedades anónimas abiertas, “*perfectamente diferenciadas, para que sea posible identificar fácilmente los costos de transferencia*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

36. La Resolución N° 332 de la H. Comisión Resolutiva fue objeto de un recurso de queja interpuesto por Entel ante la Excma. Corte Suprema. Mediante sentencia de 30 de mayo de 1990, la Excma. Corte Suprema resolvió acogerlo, dejando sin efecto la referida Resolución y disponer que la H. Comisión Resolutiva debía avocarse al conocimiento y fallo de los recursos de reclamación interpuestos en contra del Dictamen N° 718 de la H. Comisión Preventiva Central *“de acuerdo con el procedimiento previsto en el inciso final del artículo 9° del Decreto Ley N° 211, de 1973, en relación con los artículos 17 y 18 de ese mismo texto legal”*.

37. En efecto, el antiguo texto del artículo 9° del D.L. N° 211 regulaba el recurso de reclamación que se podía interponer en contra de las decisiones y medidas adoptadas por las H. Comisiones Preventivas Regionales y Central, el que era conocido y resuelto por la H. Comisión Resolutiva. En su inciso final esta norma señalaba que la H. Comisión Resolutiva podía *“avocarse al conocimiento del asunto, en virtud de sus propias atribuciones, con independencia de lo solicitado por el recurrente, lo que debe declarar así, previamente, disponiendo la audiencia de los afectados. En este caso, se suspenderán los efectos de la resolución reclamada.”*

38. De esta manera, la H. Comisión Resolutiva se avocó al conocimiento de este asunto y el 16 de abril de 1993 dictó la Resolución N° 389 que, en lo medular, confirmó lo resuelto por la Resolución N° 332, esto es, autorizar que las empresas de telefonía local pudieran participar en la prestación de servicios de larga distancia nacional o internacional mediante el llamado sistema de multicarrier discado; y que las empresas que prestan servicios de larga distancia pudieran prestar servicios locales, para lo cual reiteró las mismas condiciones y agregó otras. En lo que interesa a esta resolución, en el Decisorio I, letra b), la Resolución N° 389 mantuvo las exigencias en caso de que las empresas decidieran participar en ambos segmentos del mercado, en los siguientes términos: *“Las empresas que se integren verticalmente, para dar servicios locales y de larga distancia nacional e internacional, deben hacerlo por medio de empresas filiales o coligadas constituidas como sociedades anónimas abiertas, perfectamente diferenciadas, de modo que sea posible identificar fácilmente, entre otros factores, los costos de transferencia”*.

39. Poco tiempo después, el 22 de junio de 1993, el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que modificó la LGT con el objeto de introducir mayor competencia en los servicios de telecomunicaciones y expandir el servicio público telefónico, especialmente en las áreas rurales y urbanas de bajos ingresos con deficiente densidad telefónica. Dicho proyecto de ley dio origen a la Ley N° 19.302, aprobada en 1994, que, entre otras materias, recogió la regla de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integración vertical regulada establecida en el citado Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389, incorporando al artículo 26 los nuevos incisos 2° y 4°: *“Sin embargo, sólo empresas concesionarias de servicios intermedios de telecomunicaciones constituidas como sociedades anónimas abiertas, las que podrán ser filiales o coligadas de empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, podrán instalar, operar y explotar medios que provean funciones de conmutación o transmisión de larga distancia correspondientes al servicio público telefónico, prestar servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional, y establecer convenios con corresponsales extranjeros para ese efecto. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones no podrán comercializar servicios por cuenta de concesionarios de servicios intermedios de telecomunicaciones que presten servicios de larga distancia, y viceversa”*.

40. Sin embargo, y como ya se ha señalado, los citados incisos 2° y 4° del artículo 26 de la LGT fueron derogados con la dictación de la Ley N° 20.704, de 17 de enero de 2013. Esta ley tenía, entre otros objetivos, el de introducir modificaciones a la LGT que recogieran la relevancia de la convergencia tecnológica y el cambio en la estructura de costos de las empresas de telecomunicaciones, con la finalidad de tender a que los usuarios dispusieran de la posibilidad de realizar llamadas a lo largo del territorio nacional al costo de una llamada local, y más aún, que las tarifas móviles bajaran de manera relevante para así, finalmente, lograr que los usuarios se comuniquen dentro del país sin importar la plataforma o red a través de la cual lo hagan.

41. En consecuencia, las Consultantes plantean si esta última modificación de la LGT que derogó la exigencia de constituir sociedades anónimas abiertas separadas para prestar servicios intermedios de telecomunicaciones, entre otros, los de larga distancia internacional, importó, a su vez, una derogación tácita u orgánica de la regla del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 que establecía una exigencia similar.

42. Para estos efectos, la FNE en su escrito en que aporta antecedentes, de fojas 110, estima que sería necesario desentrañar la naturaleza jurídica de la Resolución N° 389, toda vez que en el caso que se estimase que dicho pronunciamiento es una sentencia judicial no existiría tal efecto derogatorio en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República de Chile. Después de un análisis sobre la historia de la citada resolución, la FNE concluye que se trataría más bien de una instrucción general dictada por la H. Comisión Resolutiva en virtud del ejercicio de su potestad reguladora y, por lo tanto, la Resolución N° 389 se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entendería tácitamente derogada en aquellos aspectos que contradigan la Ley N° 20.704 los que, en su concepto, sólo se limitarían a las exigencias referidas a los servicios de larga distancia nacional *“quedando a salvo cualquier alusión a la regulación en materia de larga distancia internacional”*.

43. Sobre esta materia, este Tribunal concuerda con la Fiscalía en que aun en el evento en que la Resolución N° 389 tuviera la naturaleza jurídica de una instrucción general y, por ende, no le resultara aplicable lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política, no puede entenderse que su Decisorio I, letra b), se encuentre derogado por la Ley N° 20.704, salvo en lo que respecta los servicios de larga distancia nacional.

44. En efecto, en primer término, no cabe duda de que no existe una derogación expresa de dicha regla por cuanto la Ley N° 20.704 no lo señaló explícitamente ni existe ninguna disposición de dicho cuerpo legal que haga referencia a la Resolución N° 389.

45. Luego, tampoco puede entenderse derogada tácitamente la materia regulada en dicho Decisorio. Si bien la derogación de los incisos 2° y 4° del artículo 26 de la LGT importó eliminar la exigencia legal relativa a la integración vertical regulada para prestar ambos servicios –servicios públicos de telecomunicaciones e intermedios de larga distancia nacional e internacional–, ello no significa la derogación tácita de todo el Decisorio I, letra b) de la Resolución, sino sólo de aquello que es inconciliable con la nueva regulación. A juicio de este Tribunal, ello sólo ocurriría con las exigencias que hacen alusión a la larga distancia nacional, pero no a la larga distancia internacional, pues la Ley N° 20.704 tenía por objeto eliminar la larga distancia nacional y no la internacional.

46. Por último, a igual conclusión se arriba si se aplican los criterios de la denominada derogación orgánica, es decir, aquella que *“se produce cuando una ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de la ley antigua y la nueva. Si el legislador ha reordenado toda la materia, es forzoso suponer que ha partido de otros principios directivos, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aun opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuera incompatible con las normas de la nueva ley”*. (Somarriva, Alessandri y Vodanovic, Derecho Civil Partes Preliminar y General). Como ya se explicó el legislador no reordenó toda la materia regulada en la Resolución N° 389.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

47. Por lo expuesto precedentemente, este Tribunal concluye que la Resolución N° 389 y en particular su Decisorio I, letra b), se encuentra vigente.

I. NECESIDAD DE MODIFICAR EL DECISORIO I, LETRA B), DE LA RESOLUCIÓN N° 389 DE LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA

48. Habiendo resuelto sobre la vigencia de la Resolución N° 389 de la H. Comisión Resolutiva, cabe ahora determinar si las actuales condiciones de mercado hacen necesaria una modificación del Decisorio I, letra b).

49. Recordemos que dicho Decisorio estableció la regla de integración vertical regulada atendidos los riesgos que para la libre competencia presentaba en ese entonces la prestación conjunta de los servicios públicos de telecomunicaciones y de larga distancia nacional e internacional, por una misma empresa. Estos riesgos consistían básicamente en la posibilidad de que la empresa integrada pudiera sabotear los servicios de acceso que debe otorgar a los portadores, disponer de subsidios cruzados en su negocio de larga distancia y, por último, utilizar información estratégica de los portadores en su propio beneficio para ese negocio.

50. La Resolución N° 389 señaló que el mercado relevante era el de *“las telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional”* (consideración quinta). Sin embargo, más adelante agregó que *“no es conveniente segmentar el mercado de telecomunicaciones en mercados de telefonía y de otros servicios, y en mercados de telecomunicaciones local y de larga distancia nacional e internacional. Lo cierto es que los avances tecnológicos dificultan cada vez más hacer tales distinciones y segmentaciones, las que quedan o han quedado obsoletas con gran rapidez”* (consideración sexta), opinión que este Tribunal comparte plenamente y que ha cobrado mayor relevancia en la actualidad.

51. En efecto, tal como se detallará más adelante, los notables avances tecnológicos en telecomunicaciones han permitido que las empresas puedan prestar diversos servicios y ofrecer distintos productos usando una misma plataforma. De este modo, las necesidades consistentes en hacer comunicaciones de larga distancia internacional no solamente son satisfechas hoy por los portadores, sino también por otros medios como la telefonía móvil, servicios de protocolo IP, los servicios de *chat* y otras aplicaciones.

52. Con todo, existe un porcentaje de usuarios que todavía utilizan los servicios intermedios de larga distancia internacional provistos por empresas concesionarias de larga distancia internacional. Así, a pesar de que el tráfico de larga distancia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

internacional ha disminuido notoriamente en los últimos años, todavía existen demandantes de dicho servicio. Sin embargo, no existen antecedentes en autos para determinar si esos demandantes utilizan los servicios de larga distancia de manera exclusiva –es decir, no consideran otros sustitutos– o en forma complementaria a otras tecnologías.

53. De este modo, para evaluar los riesgos identificados en la Resolución N° 389 y determinar si éstos siguen siendo de una entidad suficiente para requerir de la medida establecida en el Decisorio I, letra b), debe analizarse, en primer término, la evolución y la situación actual de las condiciones de competencia en la industria de las telecomunicaciones. Respecto de la telefonía local, en la Resolución 389 la H. Comisión Resolutiva señaló que el mercado de las telecomunicaciones locales era *“monopólico, pues en él la Compañía de Teléfonos de Chile S.A. [hoy TCH] tiene una participación muy significativa que, en telefonía, es cercana al 95%”*.

54. Todos los intervinientes en esta causa han señalado que el mercado de telecomunicaciones ha cambiado desde la dictación de la Resolución. Las Consultantes, por ejemplo, señalan que *“en el año 1993 TCH tenía una participación muy significativa que, en telefonía, cercana al 95% [sic]. Pues bien, al año 2014 la participación de mercado de TCH en el segmento de la telefonía fija alcanza a un 46,3% [...]”*. La FNE, por su parte, señala que *“[a]l año 2009, TCH continuaba siendo una empresa con una participación importante [...] en telefonía fija cercana al 65% a nivel nacional. Desde entonces, la cuota de mercado de TCH ha ido decreciendo paulatinamente, llegando a un 45,2% en marzo de 2015”*.

55. En consecuencia, este Tribunal concluye que la situación en la industria de las telecomunicaciones ha variado considerablemente en los últimos 20 años.

56. De este modo, y refiriéndonos a la telefonía local en genérico –como un segmento de la industria de los servicios de telecomunicaciones más que como un mercado propiamente tal–, este Tribunal ha elaborado el siguiente cuadro que evidencia la evolución de las participaciones de las compañías telefónicas y del índice de concentración Herfindahl-Hirschmann (en adelante, “HHI” o el “Índice HH”) en la telefonía local en los últimos 15 años.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 1:
Participaciones de los diversos grupos empresariales en el segmento de Telefonía Local por número de líneas, entre los años 2000 y 2015

Año	Telefónica	VTR	Grupo Claro	Grupo GTD	Grupo Entel	Otros	HHI
2000	81,8%	4,1%	0,0%	7,6%	3,1%	3,5%	6.771
2001	78,3%	6,0%	0,0%	8,5%	3,8%	3,5%	6.251
2002	77,5%	7,5%	0,0%	8,0%	4,1%	3,0%	6.142
2003	74,3%	9,2%	0,0%	8,7%	4,5%	3,3%	5.704
2004	72,6%	10,3%	0,0%	9,1%	4,6%	3,4%	5.476
2005	70,5%	11,6%	0,0%	8,9%	5,2%	3,7%	5.216
2006	65,5%	14,7%	1,0%	9,9%	5,5%	3,5%	4.633
2007	63,0%	16,8%	1,4%	10,5%	5,2%	3,1%	4.389
2008	60,2%	17,4%	3,2%	10,5%	6,0%	2,7%	4.080
2009	57,0%	18,0%	5,1%	10,7%	6,7%	2,5%	3.762
2010	56,2%	18,4%	5,5%	10,5%	7,0%	2,4%	3.689
2011	55,0%	19,5%	6,7%	10,3%	6,1%	2,4%	3.593
2012	52,9%	20,9%	7,1%	10,3%	6,1%	2,6%	3.433
2013	49,6%	21,0%	7,4%	9,9%	9,9%	2,2%	3.148
2014	46,2%	20,7%	7,7%	10,2%	13,1%	2,1%	2.896
2015*	43,8%	20,7%	7,6%	10,2%	15,5%	2,1%	2.752

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de www.subtel.cl.

*Nota: Considera información hasta el mes de septiembre de 2015.

57. Como se deduce de la tabla anterior, el grado de concentración de este segmento del mercado ha disminuido considerablemente desde el año 2000, alcanzando en la actualidad un índice HH cercano a los 2.800 puntos. Esta situación contrasta con la existente en el año 1993, cuando el índice HH superaba los 9.000 puntos, como se infiere de la información sobre participación de mercado de TCH contenida en la Resolución N° 389.

58. Estos cambios de concentración en la telefonía local se explican principalmente por los notables avances tecnológicos que han permitido desarrollar productos sustitutos.

59. En la actualidad, el avance más importante de todos es la telefonía móvil. Esto ya había sido advertido por este Tribunal al evacuar el Informe N° 2, el año 2009, cuando señaló que *“las necesidades de telecomunicación telefónica están siendo satisfechas hoy, en una gran proporción, por la telefonía móvil”*. Del mismo modo, la Fiscalía razona, a fojas 128, que este servicio *“aparece cubierto, en la actualidad, tanto con redes fijas como también móviles, todas las cuales pertenecen mayoritariamente a empresas relacionadas a las de telefonía fija”*.

60. Las ofertas de Claro y Entel que incluyen el servicio de telefonía local

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inalámbrica también han permitido incrementar la cobertura de telefonía local, *“aumentando el nivel de cobertura y oferta en zonas rurales o donde la oferta de este servicio era menor, de manera que [...] alcanzara la cobertura nacional esperada”* (Subtel, a fojas 208).

61. En conclusión, las condiciones de competencia en el segmento de telefonía local han cambiado significativamente desde la dictación de la Resolución N° 389, por las razones previamente expuestas. En primer lugar, por la menor concentración de proveedores de telefonía local gracias al ingreso de nuevos competidores. Luego, por el desarrollo de la telefonía móvil que, como se verá más adelante, no sólo ha afectado a la telefonía local, sino que también a la larga distancia nacional. Finalmente, por la mayor cobertura y acceso a internet, que cuenta con aplicaciones que pueden utilizarse como sustitutos que son cada vez más cercanos a la telefonía local y de larga distancia.

62. Respecto de la telefonía móvil, éste segmento de mercado se encuentra concentrado en tres empresas: Movistar, Entel y Claro. Estas mismas empresas están relacionadas con empresas de telefonía local o de larga distancia internacional, lo que podría reducir la intensidad competitiva en el segmento de larga distancia internacional. En este sentido, Voissnet señala que *“las mismas tres empresas que poseen las facilidades esenciales de larga distancia –las redes de fibra óptica– son las que dominan sin contrapeso el mercado más relevante de telecomunicaciones en el país”*, refiriéndose en esto último al sector de telefonía y banda ancha móvil.

63. Sobre el segmento de servicios intermedios de telecomunicaciones – constituidos por los servicios prestados por terceros a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer necesidades de concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones–, no se aportaron en autos mayores antecedentes que describieran de manera exhaustiva sus características. Solamente se mencionó este punto por Voissnet quien señaló que *“existen tres grandes redes de fibra óptica a nivel nacional”*, siendo la principal y más difícil de sustituir la de TLD, por su extensión y cobertura. En el mismo sentido, la Subtel indicó que *“[e]n la actualidad las principales redes de transporte de voz y/o datos [...] que existen en el país se integran principalmente en concesiones de servicios intermedios y sus principales titulares son personas jurídicas asociadas a los grupos Telefónica, Entel y Claro, sin perjuicio de la existencia de redes que consideran zonas geográficas menores, que no llegan a comprender la totalidad del país, entre la región XV y X”*.

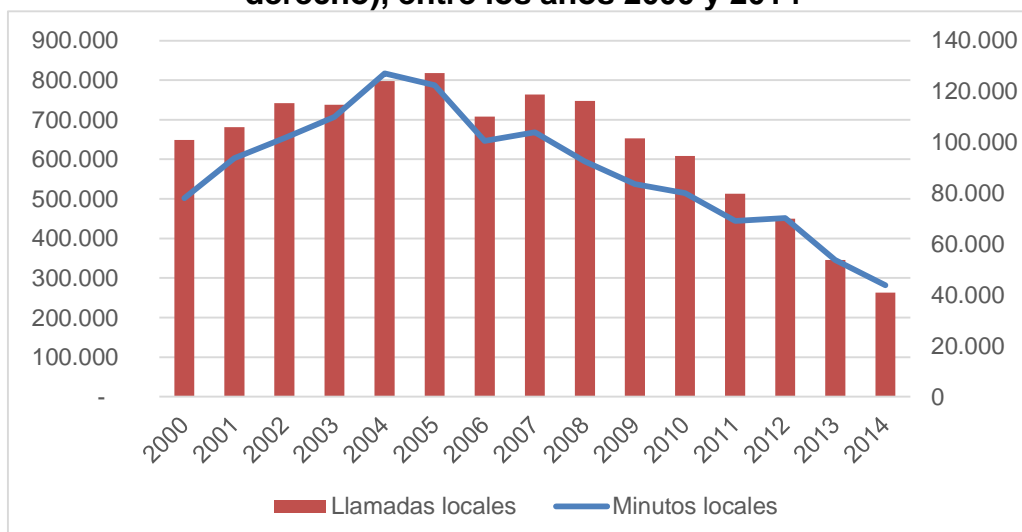
**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

64. En particular, respecto del servicio de larga distancia internacional, entre los intervinientes existe consenso acerca de que este segmento ha experimentado cambios tanto o más relevantes que el de la telefonía local desde la dictación de la Resolución N° 389.

65. Por ejemplo, las Consultantes han señalado que el segmento de larga distancia internacional *“además de su notoria disminución en los últimos años, ha ido migrando desde las redes fijas hacia las redes móviles”* y que *“[...] al igual como pasó con la telefonía móvil que sustituyó las comunicaciones de larga distancia tradicionales, la penetración de los Smartphone y conexiones de datos 3G y 4G, también están sustituyendo las comunicaciones tradicionales de larga distancia internacional”*. Otros intervinientes, como por ejemplo la FNE, opinan de manera similar, argumentando que *“la evidencia señala que la comunicación transfronteriza no ha declinado, más bien se ha potenciado, pero se advierte la presencia de un número creciente de usuarios que ha optado por dejar las compañías de telecomunicaciones fuera de la ecuación”*. Por último, Entel presenta una opinión distinta a éstas, indicando que *“si el argumento de las consultantes de la sustitución del servicio de larga distancia internacional por las nuevas tecnologías fuese válido, la ley debió eliminar no sólo la larga distancia nacional, sino también la larga distancia internacional [...] pero no lo hizo”*.

66. El siguiente gráfico muestra la evolución del tráfico de comunicaciones de larga distancia internacional, pudiendo observarse una tendencia decreciente tanto en minutos hablados como en cantidad de llamadas si se compara con su valor máximo a inicios de la década pasada.

**Gráfico N°1:
Tráfico de entrada y salida de larga distancia internacional que utiliza las redes locales, en miles de minutos (eje izquierdo) y miles de llamadas (eje derecho), entre los años 2000 y 2014**

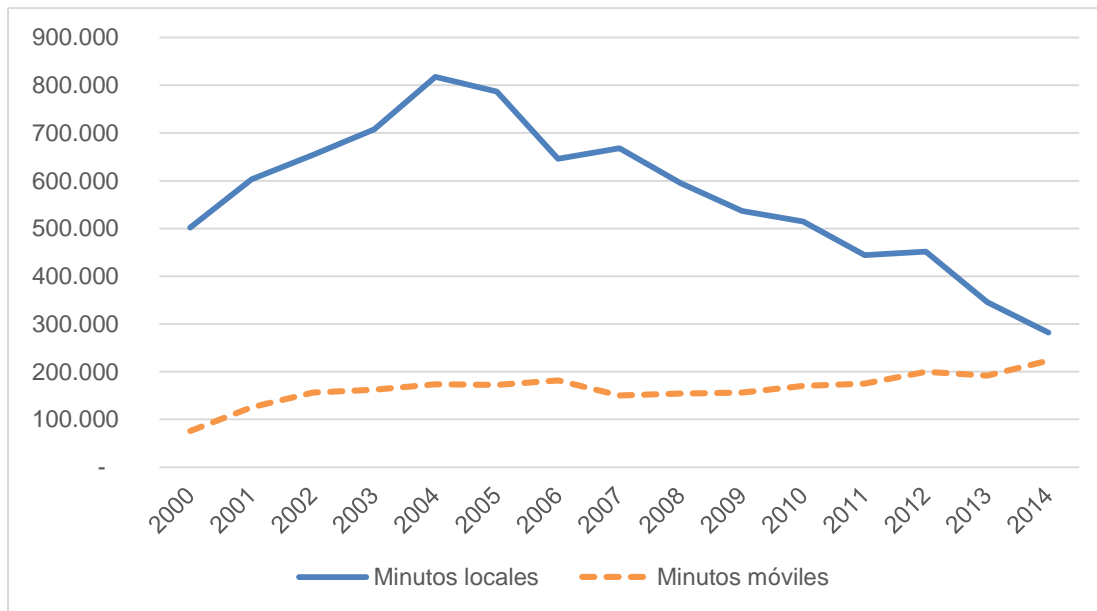


Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de www.subtel.cl

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

67. Del mismo modo, el siguiente gráfico muestra la evolución de los minutos hablados utilizando el servicio de larga distancia internacional en llamadas iniciadas o terminadas en la red móvil, por una parte, y en la red local, por otra.

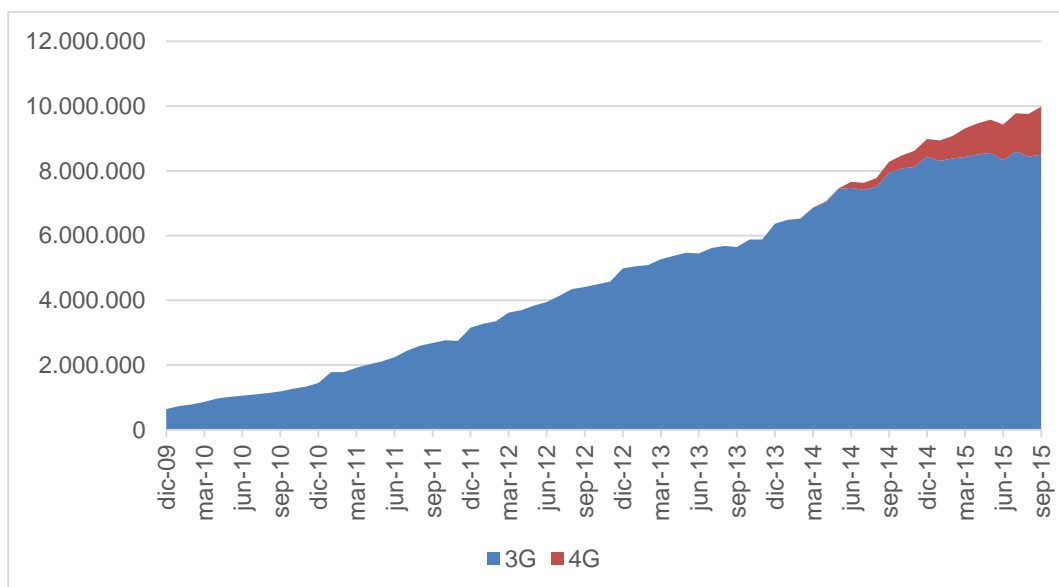
Gráfico N° 2:
Tráfico de entrada y salida de larga distancia internacional en miles de minutos, diferenciando aquel que utiliza las redes locales del que usa las redes móviles, entre los años 2000 y 2014



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de www.subtel.cl

68. Por último, el siguiente gráfico nos muestra la evolución de las conexiones a internet de tipo 3G y 4G desde diciembre de 2009 hasta septiembre de 2015, observándose el crecimiento explosivo de éstas en los últimos años.

Gráfico N°3:
Evolución del número de conexiones a internet móvil por medio de tecnología 3G y 4G, entre diciembre de 2009 y septiembre de 2015



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de www.subtel.cl

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

69. De los anteriores gráficos, este Tribunal infiere que el uso de las redes tradicionales de larga distancia internacional ha sido sustituido por el de otras alternativas. Como ya se ha expuesto, la masificación y el mejoramiento de la calidad de internet, así como el desarrollo de nuevas aplicaciones y tecnologías que permiten diversas formas de comunicación, han hecho posible que los servicios de larga distancia –tradicionalmente prestados por los portadores– hoy también sean ofrecidos por empresas que ofrecen otras aplicaciones que permiten la comunicación de larga distancia.

70. Por estas razones, actualmente un actor con una alta participación de mercado en telefonía local teóricamente enfrentaría dificultades si intentara traspasar su eventual poder de mercado al segmento de telecomunicaciones de larga distancia, por cuanto los usuarios no tendrían mayor dificultad en cambiarse a otras alternativas de comunicación, como la telefonía móvil, protocolo IP, OTT y aplicaciones disponibles en los mismos teléfonos móviles conectados a internet.

71. De los antecedentes expuestos, se encuentra acreditado que hay una evolución importante de las condiciones de competencia que existían al momento de dictar la Resolución N° 389 en materia de telefonía local y de larga distancia internacional. Sin embargo, en esa época se quiso evitar que una misma empresa prestara ambos servicios, dados los riesgos para la libre competencia. Es por ello que se analizarán los riesgos identificados en la Resolución N° 389 para evaluar la pertinencia de mantener o modificar el mencionado Decisorio I, letra b).

72. Los riesgos particulares identificados en la Resolución N° 389 son los siguientes: (i) el sabotaje o entrega de servicios defectuosos por parte de la compañía de telefonía local; (ii) la posibilidad de establecer subsidios cruzados entre las empresas integradas verticalmente; y (iii) el traspaso de información sobre clientes de la competencia entre la compañía de telefonía local y la de larga distancia. De esta manera, de verificarse alguno de estos riesgos se podría provocar un traspaso ilegítimo del poder de mercado de la empresa de telefonía local, mediante conductas anticompetitivas, a la empresa que operaba en el mercado de larga distancia.

73. Al respecto, la misma Resolución señaló que, pese a permitir a las compañías telefónicas locales la participación en la prestación de servicios de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional mediante empresas filiales o coligadas –integración vertical regulada– ello “*no significa desconocer los riesgos para la competencia que conlleva una decisión de esta especie, lo que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fuerza a esta Comisión a señalar la absoluta necesidad de indicar las medidas para que, efectivamente, se pueda garantizar esa competencia y la mayor transparencia en las conductas y operaciones de las empresas”.

74. En cuanto a los riesgos previamente identificados y que intentaron ser subsanados a través del establecimiento de la integración vertical regulada, diversas partes de este proceso han señalado su opinión, especialmente en lo que dicen relación con el sabotaje y los subsidios cruzados.

75. En efecto, sobre el sabotaje o la entrega de un servicio deficiente por parte del operador de telefonía local a sus clientes no integrados, la Fiscalía ha señalado que *“se hace poco probable que TCH pueda incurrir en tales prácticas, debido a que [...] la LGT contempla expresamente la prohibición de que una empresa concesionaria del servicio público de telecomunicaciones pueda discriminar entre los distintos portadores del servicio de TLDI, sumado al hecho que los distintos decretos tarifarios regulan expresamente las calidades contenidas en las interconexiones que deben ofrecer las distintas empresas de telefonía, móvil o fija, a los concesionarios de telefonía de larga distancia.”*

76. En opinión de este Tribunal, los riesgos de prestación discriminatoria de servicios o sabotaje a competidores estarían suficientemente resguardados por la regulación sectorial; sin perjuicio de que cualquier acto discriminatorio de esta naturaleza podría constituir una infracción al D.L. N° 211. Es más, la literatura económica de sabotaje explica que los casos de discriminación en que se degrada la calidad del acceso –y con ello se reduce la demanda de las empresas rivales en el segmento competitivo– no siempre son rentables para el eventual saboteador. Lo anterior se debe a que, precisamente, otorgar acceso a sus redes permite financiarlas; y a que el servicio entregado por sus rivales no compite necesariamente con sus propios servicios (véase Mandy, D. y Sappington D. “Incentives for Sabotage in Vertically-Related Industries”, Journal of Regulatory Economics vol. 31 N° 3, páginas 235 a 260, 2007).

77. En cuanto al establecimiento de subsidios cruzados entre los segmentos de servicios de telecomunicaciones locales y de larga distancia internacional, ha existido diversidad de opiniones entre los intervinientes y aportantes en estos autos. Por una parte, Convergencia señala que la compañía telefónica que, a su vez, sea portador *“gozaría de menores costos de operación, los cuales NO serán transferidos a los Portadores menores ya que existen Contratos Firmados y precios acordados, lo cual perjudicaría a los Portadores menores a poder competir en algún grado de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

igualdad con los Grandes Portadores”, por lo que, a su juicio, todos los operadores tendrían los incentivos para absorber a sus filiales. De modo similar, Netline indica que “la misma empresa suministrará ambos servicios, y las comunicaciones que salgan de su red local a su portador, no pagarán cargos de acceso, lo que ciertamente se traduce en una situación de ventaja excesiva para las consultantes en relación a los otros competidores”. Por otra parte, la FNE considera que este riesgo de subsidios cruzados estaría acotado, por cuanto la interconexión en los puntos de terminación de red “se encuentran regulados en los distintos decretos tarifarios de las empresas de telefonía móviles y del mismo tipo cuya última fijación tarifaria es de fecha 9 de enero de 2014”.

78. Al respecto cabe señalar que, actualmente, los cargos de acceso a redes de telecomunicaciones en Chile se regulan a costo de terminación de llamadas, según da cuenta el inciso 2° del artículo 29 y el inciso 10° del artículo 24 bis de la LGT. Los precios o tarifas aplicados por las compañías telefónicas a los portadores por servicios prestados a través de las interconexiones son fijados de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 a 30 J de la LGT (artículo 25 de la LGT).

79. Por lo anterior y en línea con lo razonado por la FNE, este Tribunal estima que es poco probable que se realicen subsidios cruzados entre estos dos segmentos de mercado, telefonía local y telefonía larga distancia internacional.

80. Finalmente, en cuanto al riesgo de compartir información, sólo Entel se refirió a éste en su alegato. Si bien este riesgo es efectivo, ya existía al momento de la consulta y, a juicio de este Tribunal, no es de una entidad tal que justifique una intervención regulatoria como la establecida por la Resolución N° 389.

81. En suma, los principales riesgos que se intentaron mitigar con la regla establecida en el Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 se encuentran, en la actualidad, bastante acotados, atendido el desarrollo tecnológico ya mencionado. Sin perjuicio de ello, la normativa existente en telecomunicaciones y, en todo caso, la regulación vigente en materia de libre competencia es suficiente para prevenir, corregir o sancionar atentados a la libre competencia que pudieren producirse.

82. En consecuencia, los cambios en la estructura de la industria de las telecomunicaciones, los avances tecnológicos que en ella se han producido y las modificaciones regulatorias del sector, hacen innecesario mantener la regla del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389, por lo que esta regla será derogada.

J. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN CONSULTADA

83. De acuerdo con lo señalado por las Consultantes, el acto jurídico sometido al pronunciamiento de este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 es una fusión por incorporación de Telefónica Larga Distancia S.A. en Telefónica Chile S.A.

84. Como se puede apreciar, la fusión consultada no corresponde a lo que en el derecho de la competencia se conoce como una operación de concentración económica, pues las empresas que se fusionarían tienen un mismo controlador. Sin embargo, lo anterior no significa que un acto como el que se somete a consulta de este Tribunal no pueda tener algún efecto para la libre competencia.

85. Como los principales riesgos de esta fusión ya fueron analizados a propósito del origen, justificación y vigencia del Decisorio I, letra b), de la Resolución N° 389 que finalmente este Tribunal ha decidido derogar, resulta innecesario volver a analizarlos.

86. No obstante ello, en esta consulta se vislumbraron riesgos adicionales para la libre competencia en el mercado de redes de transmisión de datos a nivel nacional con conexión internacional, los que fueron señalados por los intervinientes y aportantes en este proceso: (i) la posibilidad de que las Consultantes aten sus ofertas de telefonía local con aquellas de larga distancia internacional; (ii) la negativa de acceso a la red de transmisión de datos a nivel nacional; y (iii) el cobro de precios predatorios en larga distancia internacional.

87. En cuanto al primero de ellos, este Tribunal estima que su probabilidad de ocurrencia es baja pues, como señala la Fiscalía y las Consultantes, las ofertas de telefonía local y de larga distancia internacional están sujetas a lo dispuesto en las Instrucciones de Carácter General N° 2 y N° 5, de 2015, de este mismo Tribunal, que regulan el empaquetamiento de servicios. En efecto, de ocurrir que una empresa ate sus ofertas de telefonía local a la de telefonía larga distancia, incumpliendo dichas instrucciones, ello podría ser una infracción a la normativa de libre competencia.

88. En cuanto a la eventual negativa de acceso a la red de transmisión de datos a nivel nacional, este riesgo se encuentra mitigado, por cuanto el acceso abierto a estas redes está garantizado por la LGT (artículos 24 bis y 25) y por algunas disposiciones de la propia Resolución N° 389, Decisorio I, letra a) "*las empresas que prestan telefonía local deben dar la misma clase de accesos o conexiones a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todos los portadores de servicios de telecomunicaciones de larga distancia, para suministrarles un servicio de idéntica calidad en cuanto a aspectos tales como el grado de servicio, ruido, respuesta de frecuencia, tiempo de conexión, etc.”. Por lo tanto, de verificarse una negativa de acceso a la red la empresa podría constituir una infracción a su regulación sectorial y eventualmente, si dicha negativa afectara la libre competencia, también podría constituir una infracción al D.L. N° 211.

89. Respecto del riesgo de cobro de precios predatorios, este Tribunal estima que, de verificarse dicha conducta, se trataría de una eventual infracción a las normas de libre competencia. En el presente caso y dada la magnitud del riesgo, es innecesario dictar una regulación adicional a la que establece el D.L. N° 211. En todo caso, y tal como lo señaló la Fiscalía, la jurisprudencia de este Tribunal y de la H. Comisión Resolutiva (Resolución N° 524/98) ha establecido estándares de conducta para este tipo de casos, lo que contribuye a prevenir el referido riesgo.

90. Estando suficientemente acotados los riesgos descritos, se hace innecesario analizar las eficiencias alegadas por las Consultantes.

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

1. Derogar el Decisorio I, letra b) de la Resolución N° 389 de la H. Comisión Resolutiva; y
2. Declarar que el asunto consultado por TCH y TLD a fojas 12, sobre la fusión por incorporación de la sociedad TLD en la sociedad TCH, se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y a las Consultantes, y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 430-15

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Enrique Vergara Vial, y Sr. Eduardo Saavedra Parra. No firma la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez.