

**EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO EN CONTRA DE TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., TELEFÓNICA MÓVILES CHILE S.A., CLARO CHILE S.A., Y ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES S.A., POR EXCLUSIÓN DE OPERADORES MÓVILES VIRTUALES. EN EL PRIMER OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTOS, CON CITACION. EN EL SEGUNDO OTROSI: PERSONERIA, PATROCINIO Y PODER.**

#### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO**, con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de las siguientes personas:

1. TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., en adelante "TEM", sociedad del giro de telecomunicaciones móviles, RUT 96.786.140-5, representada por su gerente general don OLIVER FLOGEL, desconozco profesión, ambos domiciliados en El Bosque Sur N° 90, Las Condes, Santiago;
2. TELEFÓNICA MÓVILES CHILE S.A, en adelante, igualmente, "TEM", sociedad del giro de telecomunicaciones móviles, RUT 87.845.500-2, representada por su gerente general don OLIVER FLOGEL, desconozco profesión, ambos domiciliados en El Bosque Sur N° 90, Las Condes, Santiago;
3. CLARO CHILE S.A., en adelante "CLARO", del giro de telecomunicaciones móviles, RUT 96.799.250-K, representada por su gerente general don Salvador Salazar Helbing, desconozco profesión,

ambos domiciliados en Avda. del Condor N° 820, Huechuraba, Santiago; Y,

4. ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES S.A., en adelante "ENTEL", compañía del giro de telecomunicaciones móviles, RUT 96.806.980-2, representada por su gerente general don Hernán Mario Lores, factor de comercio, ambos domiciliados en Avda. Andrés Bello N° 2711, piso 14°, comuna de Las Condes, Santiago.

El requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los Operadores Móviles Virtuales, en adelante "OMV"; y que, por consiguiente, se les sancione con el máximo de la multa establecida en el Decreto Ley N° 211.

## **I. LOS HECHOS.**

1. Con fecha 29 de agosto de 2006, el señor Subsecretario de Telecomunicaciones, mediante Ord. N° 39148/G N° 39 (que se acompaña en un otrosí), comunicó a esta Fiscalía Nacional Económica que todas y cada una de las actuales concesionarias del servicio público telefónico móvil, requeridas en este libelo, formularon oposición a todas las solicitudes de concesión presentadas ante dicha Subsecretaría, por diversas empresas, para operar e ingresar al mercado de la telefonía móvil, mediante el mecanismo conocido como "Operador Móvil Virtual" (OMV).
2. La Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante "Subtel", en lo sustantivo, señala textualmente que: *"esta Subsecretaría de Estado ha estimado pertinente remitirle copia de las oposiciones presentadas, para efectos que usted estime pertinentes, dadas sus facultades legales, en atención a las siguientes consideraciones:*

1. *Se trata de acciones efectuadas por la totalidad de las concesionarias móviles establecidas respecto de la totalidad de los solicitantes de habilitación para ingresar a ese mercado de referencia.*
2. *Recientemente, se remitió a usted el oficio del Antecedente 19), en virtud del que la industria móvil establecida solicita también acciones a esta Subsecretaría, respecto de proyectos de otras empresas que pudiesen representar indirectamente una competencia para los concesionarios móviles. (Superinalmbrico de Telsur. El agregado es nuestro).*
3. *Cualquiera sea el resultado final de las oposiciones interpuestas a las solicitudes de concesión de telefonía móvil virtual de las empresas antes individualizadas, la iniciación misma del proceso, que culmina en sede judicial, importa un retardo importante en el ingreso efectivo e indubitado de nuevos interesados. (el destacado es nuestro).*
4. *En este sentido, conviene recordar los años de retardo que ha significado para la operación en el país del sistema trunking digital, el ejercicio de acciones administrativas y judiciales en su contra, por parte de los operadores establecidos de telefonía móvil, las que como es de conocimiento público, fueron desechadas totalmente en todas las sedes en que se interpusieron.*
5. *En la misma línea, conviene tener presente que la jurisprudencia de los organismos antimonopolios admite la posibilidad de que el ejercicio de acciones tenga meramente por objeto el retardar el ingreso de nuevos competidores en un determinado mercado. (cita Vid por ejemplo el considerando 10° de la Sentencia 13/2005 de 17 de marzo, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia)*
6. *En la Resolución del Antecedente 17), el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aprobó la operación allí consultada, estableciendo para ello nueve condiciones, siendo la novena una recomendación a esta Subsecretaría de Estado, a fin de que disponga para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar oferta de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadoras sin redes. (El subrayado es nuestro).*
7. *Recientemente y a propósito de estas solicitudes de empresas interesadas en contar con concesiones necesarias para ofrecer a nombre propio servicios móviles, comenzarán a operar los aludidos*

- comercializadores y se hará necesario resolver las respectivas ofertas de facilidades.*
8. *Del tenor de las oposiciones que en copia se acompañan, se desprende la existencia de cuestionamientos tácitos, y en ciertos casos expresos, sobre la legalidad de la condición novena dispuesta por ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Resolución 2/2005.*
  9. *Por disposición de la citada Resolución 02/2005, la supervisión del cumplimiento de las nueve condiciones recae en la Fiscalía Nacional Económica”.*
3. Por su parte, el señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones señaló a la prensa que “estamos observando obstáculos al desarrollo de los operadores móviles virtuales y vemos con preocupación las barreras que pueden surgir en materia de WI Max, por la acción de algunas compañías que desean frenar el desarrollo de una tecnología o un competido” (Exposición efectuada el 4 de septiembre de 2006 en Seminario sobre Telecomunicaciones organizado por la H. Cámara de Diputados, texto que se adjunta, publicado en el diario La Tercera de 5 de septiembre de 2006).
  4. Como da cuenta el oficio ORD N° 39148/GN°39, de 29 de agosto de 2006, de Subtel, las requeridas TEM, CLARO y ENTEL de manera coincidente y en forma coetánea, se han opuesto a todas y cada una de las solicitudes presentadas por las Operadoras Móviles Virtuales.
  5. Tal como lo señala Subtel *“del tenor de las oposiciones (...), se desprende la existencia de cuestionamientos tácitos, y en ciertos casos expresos, sobre la legalidad de la condición Novena dispuesta por el H. Tribunal”* (entiéndase referida a la Resolución N° 02/2005).
  6. Las oposiciones presentadas por las requeridas, similares entre sí en formato y argumentaciones, pretendieron desconocer la legalidad de los OMV, cuestión que, además de constituir un cuestionamiento a la Resolución N° 02/2005 de ese H. Tribunal, que fuera en su oportunidad confirmada por la Excma. Corte Suprema, configura un ejercicio abusivo del derecho, pues se realizan utilizando el mecanismo establecido en el

artículo 15 de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (LGT), para fines diversos de los previstos por la ley, tal y como lo constató el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

7. El carácter abusivo y excluyente de las oposiciones de las requeridas queda de manifiesto con su sola lectura, pues mientras el principal argumento es la supuesta ilegalidad de los OMV, más adelante se sostiene que, si bien éstos podrían operar con redes de terceros, conforme al artículo 26 de la LGT, nada obliga a estos terceros a otorgarles el acceso a las redes..., lo que, además de contradictorio, implica convertir la norma del artículo 26 de la LGT en letra muerta, todo ello con el evidente ánimo de excluir.
8. Al efecto, entretanto se tramitaban sus oposiciones, todas las requeridas sostuvieron ante esta Fiscalía que estaban evaluando comercialmente propuestas presentadas para el desarrollo de OMV.
9. Más aún, TEM reconoció ante esta Fiscalía que actualmente *“comercializa planes de transmisión de datos sobre su red de datos móvil GPRS/EDGE de cobertura nacional”*, lo que no es otra cosa que ofrecer las supuestamente ilegales facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadoras sin redes, aunque sólo para servicios de datos, GPS, telemetría, alarmas y telecontrol, o sea, excluyendo sólo voz, esto es, sólo aquello que podría conllevar competencia.
10. Con fecha 1 de junio 2007, mediante las Resoluciones Exentas Nos. 709, 710, 711, 712, 713 y 714, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones rechazó todas las oposiciones interpuestas por las requeridas en contra de las solicitudes de concesión de los operadores móviles virtuales (OMV).
11. Entre los fundamentos de las Resoluciones destaca el siguiente: *“entre los argumentos invocados por distintos oponentes, subyace un cuestionamiento a la normativa de telecomunicaciones aplicable al caso en cuestión, pero, no obstante lo anterior, dicha normativa no fue impugnada en su oportunidad ante los Tribunales de Justicia, y las*

*concesiones de diversos servicios otorgadas en su oportunidad autorizando la modalidad de explotación del servicio utilizando medios de terceros nunca ha sido motivo de objeción, razón por la cual no resulta ser ésta la vía ni la oportunidad procedentes para cuestionar la legalidad de la normativa aplicables en la especie”.*

12. Ninguna de las requeridas ejerció su derecho a apelar del rechazo a las oposiciones, lo que sólo puede explicarse en el contexto de la investigación que sustanciaba esta Fiscalía y que ha derivado en el presente requerimiento, atendido lo infundado de las oposiciones y lo abusivo de su ejercicio.
13. Por otra parte, y reforzando la exclusión que se reprocha, las requeridas han negado absoluta y sistemáticamente la oferta de facilidades para la reventa de planes de los comercializadores que no tienen redes, impidiendo que los OMV se constituyan en nuevos actores de este mercado, cumpliéndose los objetivos previstos en la Resolución N° 02/2005.

## **II. EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL.**

### **2.1. Mercado relevante del Producto.**

14. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.

#### **2.1.2. Mercado relevante del Producto.**

15. En el caso analizado se pueden distinguir principalmente dos mercados del producto: el principal corresponde al mercado de servicios de telefonía móvil y el segundo, accesorio, que comprende el de los aparatos telefónicos móviles, que son un bien durable y esencial para la utilización del servicio.

16. En cuanto al mercado de terminales y equipos, cabe señalar que no obstante ser un elemento independiente del suministro del servicio, existen ciertas restricciones de uso derivadas de cada tecnología.
17. No obstante, en el mercado de equipos no sólo se consideran los comercializados por las distintas operadoras móviles sino que, además, debido a la obligatoriedad por parte de la operadora móvil de prestar el servicio al usuario<sup>1</sup>, existe un mercado secundario de equipos móviles nuevos, producto de la libre importación directa de equipos celulares y de segunda mano o refaccionados. Así, la oferta de equipos de las operadoras móviles presenta un notorio grado de desafiabilidad gracias a la profundización de estos mercados secundarios.
18. En cuanto al servicio de telefonía móvil, es necesario recordar que los organismos de defensa de la competencia lo han considerado un mercado en sí mismo, sin sustitutos cercanos.
19. En efecto, como lo expresara la H. Comisión Resolutiva en su Resolución N° 686, de 20 de mayo de 2003, aún no es posible considerar sustitutos entre sí a la telefonía fija y la móvil, por diversas razones, como el volumen de tráfico cursado, la amplitud de servicios disponibles y el costo de la llamada, entre otros. Por otro lado, la Resolución N° 02/2005, citada, consideró que los servicios de telefonía satelital tampoco constituyen un sustituto de la telefonía móvil (TESAM Chile es proveedor exclusivo del servicio de telecomunicaciones Globalstar y actúa en zonas donde no llegan las comunicaciones convencionales, ofreciendo soluciones digitales principalmente orientadas al sector empresarial). Igualmente, esa Resolución tuvo presente que los servicios de tercera generación (3G) tampoco constituyen un sustituto de la telefonía móvil actual (de segunda generación), por cuanto, si bien Subtel, mediante Resolución N° 1144/2000 ha destinado 140 Mhz adicionales para el servicio móvil de tercera generación o IMT-2000 en la banda de 1800/2100 Mhz, aún no se han definido el proceso de licitación ni los mecanismos para despejar

---

<sup>1</sup> Artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones.

las bandas correspondientes, lo que recién es objeto de un proceso de consulta ante ese H. Tribunal.

20. Por todo lo anterior, esta Fiscalía Nacional Económica sostiene que el mercado relevante del producto está constituido por los servicios analógicos y digitales en telefonía móvil.

### **2.1.2. Mercado relevante Geográfico**

Si bien teóricamente podría argumentarse la existencia de múltiples mercados locales, la posesión de concesiones de telefonía móvil en todo el territorio nacional, con la consiguiente cobertura de este alcance en las bandas de 800 MHz. y 1900 MHz., por parte de todas las actuales operadores móviles, unida a la naturaleza de este caso, determina la consideración, para efectos de análisis, de un mercado geográficamente relevante de carácter nacional, tal como lo ha hecho ese H. Tribunal en su resolución N° 02/2005.

### **2.2. Concentración**

21. En este mercado compiten las siguientes empresas:

- a.- Telefónica Móviles de Chile S.A., y Telefónica Móvil de Chile S.A., ("TEM"), poseedoras de las concesiones otorgadas por la autoridad para la operación de servicios de telefonía móvil tanto en la banda de 800Mhz, como en 1900 Mhz por medio de la marca comercial "Movistar".

- b.- ENTEL PCS S.A. y ENTEL Telefonía Móvil S.A. (ENTEL) poseedoras de las concesiones para prestar el servicio en la banda de 1900 Mhz.

- c.- CLARO S.A. con operaciones tanto en la banda de 800Mhz como en la banda de 1900 Mhz.

22. Considerando las participaciones de mercado, medidas según ventas, se obtiene la siguiente tabla<sup>2</sup>.

**Tabla 2a: Participación por Ventas en el mercado de Telefonía Móvil a nivel nacional**

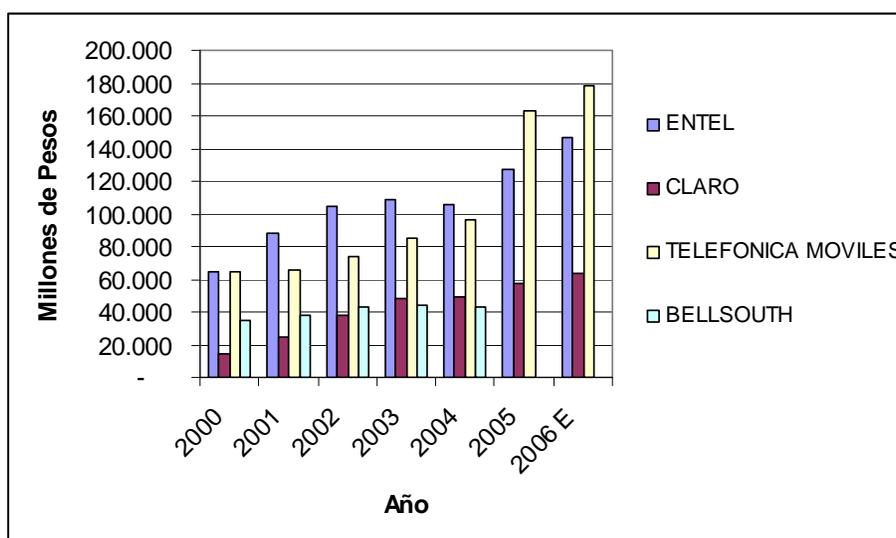
Empresa	% Participación
TEM	45,4%
ENTEL PCS	38,4%
Claro	16,3%
HHI	3795

Fuente: Empresas, septiembre 2006.

Respecto del grado de concentración, medido por HHI, en cualquiera de sus posibles parámetros de medición: ventas, espectro, número de clientes o tráfico de salida, éste supera el valor de 3300 puntos, esto es, se trata de un mercado altamente concentrado.

23. En el siguiente gráfico se muestra la evolución en los ingresos de las compañías móviles para el período 2000 – 2006 según estimaciones de esta Fiscalía Nacional Económica.

Grafico 1: Evolución de Ingresos de las empresas de Telefonía Móvil en Chile.



Fuente: Elaboración Propia.

<sup>2</sup> En el documento anexo 1, acompañado en primer otrosí, se presentan otras medidas de concentración en este mercado.

Como se observa, los ingresos de las empresas, sólo por el servicio de telefonía pública móvil, aumentaron desde el año 2000 al 2006 en un 83% para el caso de ENTEL, en un 150% para el caso de CLARO y en un 101% para el caso de TEM.

### **2.3. Condiciones de entrada**

24. La Fiscalía entiende por barrera a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.

#### **2.3.1. Barreras a la entrada**

##### **(a) Barreras legales**

25. En este caso en particular, el principal insumo que requieren las empresas de telefonía móvil para su funcionamiento y operación, es el espectro radioeléctrico.

26. En el informe de esta Fiscalía para los autos caratulados “Consulta sobre toma de control de BellSouth Comunicaciones S.A. y BellSouth Inversiones S.A. por parte de Telefónica Móviles S.A., de España”, Rol NC N° 01-04, se sostuvo que *“la disponibilidad de espectro radioeléctrico representa una barrera a la entrada de nuevos competidores y constituye una ventaja competitiva de importancia para los actuales, sin que para ellos hayan generado una mayor eficiencia”*.

27. En aquel proceso, la actual CLARO señaló que *“este mercado presenta significativas barreras de entrada. Indica que las inversiones en red y en el desarrollo de las tecnologías asociadas que supone operar en el mercado de la telefonía móvil impone desembolsos millonarios, que muy pocos agentes económicos se encuentran en condiciones de efectuar. Adicionalmente, estas inversiones constituyen costos hundidos pues se trata de inversiones específicas, con períodos de recuperación bastante largos y que sólo continúan manteniendo valor si la empresa se mantiene en el mercado”* (Vistos 4.9, Resolución N° 02/2005).

28. Por su parte, en el mismo proceso, ENTEL PCS, TELMEX y CHILESAT expresaron que el mercado móvil es un mercado de acceso restringido en donde se observa la situación de concentración excesiva del espectro y su carácter escaso, y en donde resulta claro que “(...)para que un nuevo operador pueda entrar al mercado, debe haber espacio radioeléctrico disponible, existir tecnología suficientemente desarrollada y que sea económicamente viable de aplicar.” (Vistos, Resolución N° 02/2005).
29. En definitiva, como lo expresara ese H. Tribunal, “la principal barrera a la entrada al mercado de la telefonía móvil es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, pues sólo se puede acceder al mismo por concesión adjudicada mediante licitación pública, y porque se trata de un insumo esencial para la prestación de los servicios de telefonía móvil. Por otra parte, la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad” (Considerados, acápite 3, Resolución N° 02/2005).

**(b) Costos hundidos**

30. La red sobre la cual se explota el espectro radioeléctrico supone una inversión importante difícilmente replicable: el despliegue de una red de acceso alternativa a la red de las empresa móviles establecidas lo cual conlleva elevados costos fijos, que hacen que las economías de escala sean muy importantes. Asimismo, una proporción relevante de estos costos son hundidos, es decir, no pueden ser recuperados si la empresa sale del mercado. Esta barrera confiere a los operadores móviles establecidos una ventaja estratégica fundamental.
31. En definitiva, como lo señalara ese H. Tribunal en su Resolución N° 02/2005 “así, aún si existiera disponibilidad de espectro radioeléctrico para acoger a un nuevo operador, la cantidad de espectro que detentaría la empresa resultante de la operación de concentración y los menores costos que ello conllevaría, más los altos costos hundidos que caracterizan a la industria de telefonía móvil, debilitarían la posibilidad de una entrada exitosa de un nuevo operador”. (Considerandos).

32. Otro aspecto importante del sistema de comunicación móvil son las torres donde se emplazan las antenas. Existen tanto costos económicos como impedimentos legales y medioambientales para la colocación de antenas por parte de las distintas operadoras móviles. En este sentido, una empresa ya establecida, y con sus posiciones de antenas aprobadas tanto por la autoridad sectorial como por las autoridades locales, contará con una mejor posición estratégica que un nuevo entrante, por efecto de la localización de las antenas, tal como lo señaló ese H. Tribunal en su Resolución N° 02/2005 *“el encarecimiento gradual de las locaciones para el emplazamiento de antenas que favorece a las empresas incumbentes y, por otra parte, la base de clientes que ellas tienen, puesto que el costo de cambiarse de proveedor no es cero.”*(Punto 3, pág. 69)

**(c) Costos de cambio.**

33. En el mercado de telefonía móvil, existen costos de cambio por parte de los usuarios. Por ejemplo, no existe portabilidad numérica, lo cual dificulta la salida de los usuarios, y existen contratos de largo plazo para el arrendamiento de equipos, así como descuentos asociados a la pertenencia al “Club de Socios” de la empresa operadora móvil. Estos costos de cambio son también barreras al ingreso de nuevos operadores.

34. Al efecto, también la Resolución N° 02/2005 estableció que *“en efecto, si bien las regulaciones han ido ajustándose para reducir los costos de cambio de empresa por parte de los usuarios, persisten barreras como la imposibilidad de mantener el número telefónico y el bloqueo de terminales por parte de las empresas.”* (Punto 3, pág. 69)

35. Todas estas barreras explican porqué no se ha observado la entrada de un nuevo competidor en los últimos 10 años, sino solamente procesos de adquisiciones como fue el caso de Claro Chile S.A. – ex Smartcom y Telefónica Móviles- BellSouth.

### **2.3.2. Tiempo y suficiencia de la entrada**

36. Aparte de las barreras antes consignadas, no es menor el tiempo requerido para desarrollar una red de telecomunicaciones, considerando la tramitación de todos los permisos para instalar las torres y ejercer las servidumbres respectivas. En otras palabras, aún sin la existencia de las barreras descritas, un hipotético entrante tardaría un período no menor a 3 años, según da cuenta la experiencia del sector.
37. En caso de un nuevo entrante, con espectro disponible, su capacidad estará determinada principalmente, por la inversión en antenas y la tecnología utilizada, como por el ancho de banda disponible. En particular, el ancho de banda influye en su curva de costos medios; así, a mayor ancho de banda, menor costo medio y viceversa.
38. La situación descrita se agrava al considerar, como lo hiciera ese H. Tribunal en su Resolución N° 02/2005 que *“al fijarse las tarifas por cargos de acceso de acuerdo con los costos de una empresa eficiente, idénticos para todos los concesionarios, la diferencial entre el cargo de acceso y el costo medio es mayor para las empresas que cuenten con más disponibilidad de espectro. Esta diferencial es aún mayor si se compara el cargo de acceso con el costo marginal”* (Considerandos).

### **2.3.3. Comportamiento estratégico**

39. El comportamiento estratégico de las empresas puede impedir o hacer más costosa la entrada a nuevos competidores. En particular, si un mercado ha tenido un cierto patrón de comportamientos estratégicos de los incumbentes destinados a impedir o entorpecer la entrada de competencia potencial, esta característica puede inhibir el ingreso de nuevos competidores.
40. El mercado en que se producen las conductas reprochadas en este requerimiento se caracteriza, precisamente, por dichos comportamientos, en especial por la alta litigiosidad cada vez que ingresa un potencial competidor.

41. Al efecto, el señor Subsecretario de Telecomunicaciones, en su Ord. N° 39148/G N° 39, recuerda las dificultades que tuvo el operador de trunking digital NEXTEL para operar en Chile, al tener que enfrentar, desde el año 2000, acciones judiciales y administrativas de parte de las requeridas y de la asociación gremial que las reúne, ATELMO A.G., las que recién vinieron a ser resueltas el año pasado, con el consiguiente retardo del ingreso con un producto que, además, sólo puede estimarse cercano y no sustituto de la telefonía móvil.<sup>3</sup>
42. De la misma manera, mediante Oficio Ord. 38064/G N° 124, la Subtel envió a esta Fiscalía copia de la presentación de ATELMO A. G., en que esta asociación gremial, en representación de las requeridas, solicitó fiscalizar el servicio “Superinalámbrico” de TELSUR S.A. Cabe tener presente con anterioridad Entel PCS y Entel Telefonía Móvil habían solicitado a Subtel fiscalizar el mismo servicio, solicitud que fue rechazada. Los argumentos de ambas solicitudes son muy similares.

#### **2.4. Mercado Riesgoso para la Competencia.**

43. En definitiva, el mercado de la telefonía móvil es un mercado oligopólico, fuertemente concentrado y con condiciones muy desfavorables al ingreso de nuevos competidores.

De hecho, en la actualidad no es posible que un nuevo operador desafíe en propiedad a los incumbentes, pues no hay espectro disponible para su ingreso, estando la oferta de los OMV supeditada a la que logren captar de parte de los incumbentes, para la reventa.

---

<sup>3</sup> El 3 de noviembre de 2000, ATELMO A. G., denunció ante Subtel a NEXTEL por presunta infracción a la LGT, solicitando la caducidad de sus concesiones. Luego, todas las requeridas se opusieron a las solicitudes de modificación de concesiones, siendo desestimadas sus acciones en primera y en segunda instancia, con multa, lo que además fue objeto de recursos de queja ante la Excma. Corte Suprema, desestimados, por supuesto.

En medio de esto, ENTEL Telefonía Móvil y ENTEL PCS Telecomunicaciones S.A., el 3 de mayo de 2001, denunciaron ante la H. Comisión Resolutiva al Subsecretario de Telecomunicaciones por dictar la Resolución Ex. N° 95 que aprobó la norma técnica del servicio móvil de radiocomunicaciones especializado. La denuncia fue desestimada de plano por la H. Comisión Resolutiva.

Igualmente, el 26 de enero de 2001, Bellsouth y Smartcom, hoy TEM y CLARO, actuando en forma conjunta, demandaron la nulidad de derecho público de las concesiones de NEXTEL, medida precautoria de por medio, con la consiguiente paralización de la iniciativa. El 14 de junio de 2006 la Excma. Corte Suprema rechazó finalmente las acciones de nulidad de derecho público.

44. Al respecto, en su Resolución N° 02/2005, ese H. Tribunal constató que *“El aumento de la concentración en un mercado caracterizado por la presencia de barreras de entrada, costos hundidos e inversiones en publicidad, facilitaría los incentivos de los operadores para coordinar su comportamiento competitivo”*<sup>4</sup>.
45. Al riesgo de coordinación debe sumarse el de abuso unilateral, pues en un mercado como el descrito todos los incumbentes tienen una cuota de poder de mercado del que potencialmente pueden abusar. Así, por ejemplo, podría bastar que uno de los incumbentes niegue la interconexión a los OMV u otorgue acceso a su red limitando su uso a la transmisión de datos (e impidiendo la de voz), para restringir o anular la oferta de un potencial entrante.
46. Los riesgos de conductas anticompetitivas, coordinadas o no, que encierra una estructura como la de este mercado, se ven agravados por ciertas características adicionales, tales como la difícil sustitución del producto, la fortaleza económica y financiera de los incumbentes (hacen creíble la prelación o la exclusión en general), la relativa estabilidad de las participaciones de mercado, el flujo de información entre los actores y sus altas rentabilidades entre otros.
47. En particular, la existencia de una asociación gremial, ATELMO A.G., que agrupa a los tres actores de este mercado y que, como ocurrió en el caso de NEXTEL, ha actuado en defensa de la posición competitiva de sus asociados, refuerza los riesgos de coordinación, en concreto, de conductas exclusorias.
48. En la misma dirección apuntan las altas rentabilidades de las móviles establecidas<sup>5</sup> que, además de que pueden estar indicando que se está

---

<sup>4</sup> Similar advertencia realizó esta Fiscalía en aquel caso, en cuanto a *“es evidente que a menor cantidad de operadores, la colusión se hace más fácil”* (Visto, 4.8, Resolución N° 02/2005).

<sup>5</sup> Según el Análisis Razonado de los Estados Financieros de Telefónica Móviles de Chile S.A., los ingresos de explotación superan en M\$ 136.655.562 a los ingresos del año anterior (2005), lo que equivale a un incremento del 36,4%. Por su parte los ingresos de explotación de ENTEL PCS al 31 de diciembre del 2006 presentan un aumento de M\$90.667.570, equivalente al 21,23 %, respecto del año anterior. Finalmente, es posible estimar que los ingreso operacionales de Claro Chile S.A., aumentaron un 10.5%.

ejerciendo poder de mercado, vuelven particularmente atractivo el ingreso al mercado, así como creíbles conductas exclusorias.

49. Al efecto, ilustrativo resulta constatar que, para un cliente promedio, su cuenta de contrato se reduciría en un 55%<sup>6</sup> solamente por una reducción de los cargos de acceso por efecto del ingreso de los OMV.

Es más, para los clientes de prepago dicha reducción debería ser superior por el efecto multiplicador de la entrada de nuevos competidores, tiendas de retail, otros operadores de telefonía, móviles virtuales y conversores móviles.

50. En el escenario descrito, resultan altamente probables conductas exclusorias de parte de los incumbentes, coordinadas o no, las que debieran ser especialmente reprimidas, atendidas las adversas condiciones de entrada, que de hecho imposibilitan, como se ha dicho, que se desafíe en propiedad a los incumbentes.

La exclusión de los OMV, en tal sentido, es especialmente grave pues, como señaló ese H. Tribunal en su Resolución N° 02/2005, tantas veces citada, su implementación “*conllevaría un aumento de la competencia en el mercado y una mayor eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico*”(Considerandos, 5.5).

### **III. LAS CONDUCTAS DE LAS REQUERIDAS.**

51. Las requeridas han abusado del derecho a oponerse a las solicitudes de concesiones de telefonía móvil efectuadas por los OMV, a los que además, en los hechos, han negado las ofertas de facilidades para la reventa, impidiéndoles desarrollar su actividad.
52. El artículo 15 de la LGT concede el derecho a oponerse a una solicitud de concesión a quienes ello pueda afectar directamente, y no con el sólo objeto de impedir el desarrollo de una actividad económica que puede competirle al actor.

---

<sup>6</sup> Considerando un valor de \$60/min on-net y \$195/min off-net.

53. Al efecto, las oposiciones de las requeridas fueron presentadas prácticamente al unísono y con similares argumentaciones, todas ellas meramente formales, y esgrimiendo la supuesta ilegalidad de los OMV, en circunstancias que el asunto fue objeto de una especial recomendación de ese H. Tribunal, en su Resolución N° 02/2005, que fuera en su oportunidad confirmada por la Excma. Corte Suprema.
54. Por esa razón es que, prácticamente en forma coetánea a la interposición de oposiciones, el señor Subsecretario de Telecomunicaciones comunicó su ocurrencia a esta Fiscalía, haciendo presente la evidente finalidad exclusoria.
55. La finalidad exclusoria de las oposiciones resultó confirmada por las resoluciones por medio de las cuales el señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones las rechazó, y por la renuncia de todas y cada una de las requeridas, al derecho a apelar de lo resuelto, en el contexto de la investigación que al efecto sustanciaba esta Fiscalía.
56. La exclusión de los OMV ha sido reforzada con la negativa de todas las requeridas de otorgarles las facilidades para la reventa que les permitan, en los hechos, operar.
57. Los efectos sociales de estas conductas exclusorias son, sin duda, considerables. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, el ingreso de los OMV ha significado que empresas como Virgin Mobile hayan logrado participaciones de mercado de un 8,4% y tarifas para los usuarios inferiores en un 30% a las de Vodafone<sup>7</sup> (principal operador móvil establecido). Otros casos similares se presentan en Dinamarca en donde los OMV han logrado participaciones cercanas al 24%<sup>8</sup>. En Korea<sup>9</sup>, estudios recientes han determinado que el ingreso de los operadores móviles virtuales significará beneficios para los

---

<sup>7</sup> Balances presentados por Virgin Mobile, 2005.

<sup>8</sup> Dinamarca impuso la misma obligación de abrir las redes a los operadores fijos como aquellos móviles que ostentan poder significativo de mercado.

<sup>9</sup> Byung Woon Kim, Seong Ho Seol. (2007) *Economic analysis of the introduction of the MVNO system and its major implications for optimal policy decisions in Korea.*

consumidores de entre US\$ 500 millones y US\$ 980 millones, con un bienestar social neto cercano a los US\$ 430 millones.

58. En nuestro caso, es posible sostener que el retardo del ingreso de los OMV al mercado de telefonía móvil nacional ha significado una pérdida social del orden de los US\$ 40 millones al año.
59. En consideración a ello, esta Fiscalía solicitará al H. Tribunal el máximo de la multa a cada una de las requeridas, por cuanto *“para que una multa tenga algún efecto disuasivo respecto a potenciales conductas anticompetitivas, debe ser de suficiente magnitud como para que los costos esperados, en caso de ser sorprendido y castigado, sean mayores que los beneficios de violar la ley. Con multas muy bajas puede ocurrir que una empresa declarada culpable reciba un castigo inferior a los beneficios que obtuvo con su conducta ilegal. En un caso como éste, la empresa no tiene ningún incentivo para no volver a violar la ley, ya que las utilidades que obtendría son mayores a la multa que tiene que pagar. Por lo tanto, le conviene seguir violando la ley y pagar las multas correspondientes”*.<sup>10</sup>

#### **IV. EL DERECHO.**

60. El artículo 15 de la LGT señala que las solicitudes de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones se presentarán ante el Ministerio, debiendo adjuntar un proyecto técnico con el detalle de las instalaciones y de la operación de la concesión, el tipo y la zona de servicio, los plazos de ejecución de las obras e iniciación de servicios, a lo que deberá agregarse un proyecto financiero.

La misma norma otorga al que tenga interés en ello el derecho a oponerse fundadamente a la solicitud.

---

<sup>10</sup> Institucionalidad e incentivos para la libre competencia Claudio Agostini, Seminario Expansiva – Universidad Adolfo Ibáñez, mayo de 2007.

61. Resulta evidente que la oposición deberá fundarse en la afectación de derechos del oponente, pero jamás en cuestionamientos tales como la ilegalidad de la actividad misma del solicitante, máxime cuando el asunto fue objeto de una especial recomendación de ese H. Tribunal, en su Resolución N° 02/2005, que fuera al efecto confirmada por la Excma. Corte Suprema.

En efecto, la Resolución N° 02/2005 recomendó a Subtel *“disponer, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadoras sin redes”*, con el fin de fomentar la competencia.

62. Por lo demás, la existencia de operadores sin red está expresamente consagrada en el artículo 26 de la LGT, que establece que *“Los concesionarios de servicios de telecomunicaciones podrán instalar sus propios sistemas o usar los de otras empresas, de acuerdo con las concesiones que les hayan sido otorgadas”*.
63. Más todavía, la desagregación de redes de telecomunicaciones es un principio asentado por los organismos de defensa de la competencia, en ocasiones a solicitud de las actuales requeridas, como ha sucedido con aquellas no relacionadas a operadoras de redes fijas.
64. Por eso es que, prácticamente en forma inmediata a la interposición de las oposiciones, el señor Subsecretario de Telecomunicaciones lo comunicó a esta Fiscalía haciendo presente que *“la jurisprudencia de los organismos antimonopolios admite la posibilidad de que el ejercicio de acciones tenga meramente por objeto el retardar el ingreso de nuevos competidores en un determinado mercado”* (Ord. N° 39148/G N° 39).
65. Y por eso es que señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, al rechazar todas las oposiciones, señala que *“cabe destacar que, entre los argumentos invocados por distintos oponentes, subyace un cuestionamiento a la normativa de telecomunicaciones aplicable al caso en cuestión, pero, no obstante lo anterior, dicha normativa no fue*

*impugnada en su oportunidad ante los Tribunales de Justicia, y las concesiones de diversos servicios otorgadas en su oportunidad autorizando la modalidad de explotación del servicio utilizando medios de terceros nunca ha sido motivo de objeción, razón por la cual no resulta ser ésta la vía ni la oportunidad procedentes para cuestionar la legalidad de la normativa aplicables en la especie”.*

66. En todo caso, el carácter abusivo y exclusorio de las oposiciones de las requeridas queda de manifiesto con su sola lectura pues, como ya se ha señalado, mientras el eje argumental es la supuesta ilegalidad de los OMV, se sostiene luego que éstos podrían operar con redes de terceros, conforme al artículo 26 de la LGT, pero nada obliga a otorgarles acceso a las redes...
67. Decidor resulta que, además, entretanto se tramitaban sus oposiciones, todas las requeridas sostuvieron ante esta Fiscalía que estaban evaluando comercialmente propuestas para el desarrollo de OMV.
68. Más todavía, TEM reconoció ante esta Fiscalía que *“comercializa planes de transmisión de datos sobre su red de datos móvil GPRS/EDGE de cobertura nacional”*, esto es, que ofrece facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadoras sin redes, pero sólo para servicios de datos, o sea, excluyendo servicios de voz.
69. Con lo expuesto queda de manifiesto que las requeridas han ejercido, al unísono, abusivamente, el derecho de oposición a solicitudes de concesiones de servicios de telecomunicaciones que les otorga el artículo 15 de LGT, pues lo han hecho sin fundamento alguno y con el evidente ánimo de entorpecer el ingreso de un eventual competidor, esto es, con desviación de su fin y encaminado a un fin ilícito.
70. Al efecto, ese H. Tribunal, en su Sentencia N° 47/2006, estableció que *los derechos de acción y petición - por discrecional que pueda ser su ejercicio- no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto a los derechos de*

*otras personas y al orden público que resguarda el interés general. El D.L. N° 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada - al mismo tiempo - un derecho y una infracción” (considerando 5°). En la misma Sentencia, ese H. Tribunal sostuvo que “las acciones y peticiones - en principio legítimas - pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia” (considerando octogésimo sexto).*

71. Similares conceptos vertía la Sentencia N° 13/2005, de ese H. Tribunal, al rechazar una demanda de ENTEL Telefonía Local S.A., en contra de Subtel por la aprobación de las bases del concurso público telefónico local inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3.600 Mhz para la utilización de la tecnología WILL, luego la Sentencia N° 30/2005 de ese H. Tribunal, sobre ejercicio abusivo del derecho marcario, la Sentencia N° 32/2005 en el caso Scientific Games contra de Polla Chilena, y antes la Resolución N° 169/1984 y N° 584/1999 de la que fuera la H. Comisión Resolutiva.

72. Los principios que subyacen a la jurisprudencia sobre el ejercicio abusivo del derecho con fines anticompetitivos son plenamente aplicables a este caso.

En efecto, la interposición de las oposiciones a las solicitudes de concesión han tenido como único objeto el impedimento y, como efecto, al menos el retardo de la introducción de los OMV, lo que no puede sino que ser severamente reprimido en un mercado con las características del que nos ocupa.

73. Ahora bien, la conducta que se ha analizado ha sido reforzada por otra igualmente exclusoria, la negativa injustificada de las requeridas a prestar servicios a los OMV, impidiendo de facto su ingreso al mercado.

74. Como ese H. Tribunal sabe, la negativa de venta por parte de empresas con poder de mercado y control sobre instalaciones o insumos esenciales sólo es admisible cuando se justifica objetivamente, pero *“el sólo interés comercial de quien detenta poder sobre una instalación esencial no puede considerarse suficiente justificación para negar su venta”*.<sup>11</sup>
75. Más aún, las requeridas no han esgrimido, para su negativa, ninguna razón objetiva, existiendo antecedentes que dan cuenta de reventa de planes para fines de transmisión de datos (GPS, por ejemplo), pero no de voz, lo que demuestra lo injustificado y exclusorio de la negativa de que aquí se trata.
76. Sin perjuicio de la jurisprudencia antes referida sobre instalaciones esenciales y desagregación de redes, resulta en este punto especialmente ilustrativa la Resolución N° 60/1979 de la que fuese la H. Comisión Resolutiva al señalar que *“aún cuando el servicio técnico de Cantolla y Cía. no está incluido en el giro específico de sus fines, tal servicio existe y ha sido reconocido por la propia firma investigada, de tal suerte que si lo presta a algunos, debe darlo a todos los que requieran dicho servicio, de un modo impersonal, general y objetivo”*.
77. En definitiva, las requeridas han ejercido abusivamente su derecho a oponerse a las concesiones de servicios de telecomunicaciones de los OMV, sin más objeto que impedir su ingreso, lo que han reforzado con la negativa injustificada, absoluta y sistemática a prestarles servicios, lo que al menos ha tenido por efecto retardar el ingreso al mercado de los OMV.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL SOLICITO,** con el mérito de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 19, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables, tener por interpuesto requerimiento en contra de

---

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, “BBI/Boosey & Hawkes (Interim Measures)”, OJ L286/36, 1987; [1988] 4 CMLR 67; caso “ABG”, Decisión de la CE, 77/327/EEC, OJ L117/1, 1977.

TELEFÓNICA MOVILES DE CHILE S.A., TELEFÓNICA MÓVILES CHILE S.A.; CLARO CHILE S.A. y ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES S.A., ya individualizadas, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, con expresa condena en costas, declarando y disponiendo:

1. Que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los Operadores Móviles Virtuales.
2. Que las requeridas deben abstenerse, en el futuro, de ejecutar conductas como las que se reprochan, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores. Y,
3. Que las requeridas han de presentar ante ese H. Tribunal, en el más breve plazo que se les fije al efecto, una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, en base criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. Y,
4. Que se sanciona a cada una de las requeridas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o la que el H. Tribunal en justicia determine.

Sírvase el H. Tribunal acceder a lo solicitado.

**PRIMER OTROSI:** Sírvase ese H. Tribunal tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:

1. Ord. N° 39148/G N° 39, de 29 de agosto de 2006, del señor Subsecretario de Telecomunicaciones.
2. Ord. 38064/G N° 124, de 31 de Julio de 2006, del señor Subsecretario de Telecomunicaciones.
3. Ord. N° 36226 N° 73, de 21 de junio de 2007, del señor Subsecretario de Telecomunicaciones, por el que se envían copia de las Resoluciones Exentas que rechazan las oposiciones deducidas por los concesionarios de

telefonía móvil, las requeridas, en contra de las solicitudes de concesión de los Operadores Móviles Virtuales.

4. Anexo intitulado "Otras medidas de concentración en el mercado móvil".

Sírvase el H. Tribunal acceder a lo solicitado.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Boris Santander Cepeda y don Mario Bravo Rivera, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.



**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO**