

Santiago, quince de julio del año dos mil cinco.

Vistos:

En estos autos rol N°396-04 se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones interpuestas contra la sentencia de cuatro de enero del año en curso, dictada a fs.3230 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Dicha sentencia se expidió en el marco de la consulta efectuada por Telefónica Móviles S.A., respecto de si el acuerdo a que ha llegado con BellSouth Corporation de fecha 5 de marzo de 2004, denominado Stock Purchase Agreement, infringe o no las disposiciones del Decreto Ley N°211. También las empresas BellSouth Chile Inc. y BellSouth Chile Holdings Inc. comparecieron solicitando un pronunciamiento y aprobación, en igual sentido, respecto de la venta a Telefónicas Móviles S.A., de las siguientes sociedades y negocios: BellSouth Comunicaciones S.A., del rubro de la prestación de servicios de telefonía móvil en Chile, en la Banda 800 y 1900 MHz; y la sociedad BellSouth Inversiones S.A., cuyo único activo es la propiedad del 99,99% de las acciones de la sociedad BellSouth Chile S.A., cuyo giro es la prestación de telefonía de larga distancia. Intervinieron en el presente proceso la Fiscalía Nacional Económica; el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; Entel Telefonía Móvil S.A.; Telmex Chile Long Distance S.A.; Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A., Chilesat Servicios Empresariales S.A.; la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.; Telefónica Móvil de Chile S.A.; Smartcom S.A.; Compañía de Telecomunicaciones de Llanquihue S.A. y Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur S.A.; y Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. Las empresas que presentaron recurso de reclamación con el aludido fallo fueron Telefónica Móvil de Chile S.A. (fs.3530); Telefónica Móviles S.A. (fs.3633); Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A. (fs.3674); Smartcom S.A. (fs.3692); Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A. (fs.3702); Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (Entel a fs.3705); Telmex Chile Long Distance S.A. (fs.3708). Mediante la presentación de fs.3801 Telefónica Móviles S.A. solicitó declarar la inadmisibilidad del recurso de reclamación interpuesto por Telmex Chile Long Distance S.A., empresa que a su vez, a fs.3796 solicitó rechazar dicha petición de inadmisibilidad.

Mediante la referida sentencia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decidió aprobar las consultas presentadas por Telefónica Móviles S.A. a fs.118, y las de BellSouth Chile Inc. y BellSouth Chile Holdings Inc. de fs.134, fijando diversas condiciones. El procedimiento se inició, como se dijo, mediante la presentación de Telefónica Móviles S.A., quien consultó si el acuerdo a que ha llegado con BellSouth Corporation, de 5 de marzo de 2004, denominado Stock Purchase Agreement infringe o no las disposiciones del Decreto Ley N°211. Asimismo, BellSouth Chile Inc. y BellSouth Chile Holdings Inc. se presentaron solicitando pronunciamiento y aprobación, en igual sentido, respecto de la venta a Telefónica Móviles S.A. de BellSouth Comunicaciones S.A., del rubro de prestación de servicios de telefonía móvil en Chile, en las bandas de 800 y de 1900 MHz; y la sociedad BellSouth Inversiones S.A., cuyo único activo es la propiedad del 99,99% de las acciones de la sociedad chilena BellSouth Chile S.A., cuyo giro es la prestación de telefonía de larga distancia.

A fs.155 Entel PCS Telecomunicaciones S.A. solicitó que se adoptaran medidas y resguardos necesarios para asegurar la libre competencia, afirmando que la operación de que se trata llevará a que un solo actor posea una participación cercana al 50% en el mercado nacional de telefonía móvil, haciendo presente que la matriz de Telefónica Móvil, CTC Chile, controlada por Telefónica España, tiene una posición dominante en el mercado de la telefonía fija nacional, con una participación superior al 75%.

A fs.806 Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A., aportaron antecedentes sobre la conformación del mercado, luego de la fusión y, reseñan las dificultades que ello provocaría, solicitando que se declare que la toma de control de las acciones de que se trata, infringe las disposiciones del Decreto Ley N°211 y, en subsidio, piden al tribunal adopte diversas medidas, las que debería cumplir Telefónica Móviles S.A. antes de tomar el control accionario de BellSouth Comunicaciones S.A. y Telefónica Móvil de Chile S.A. Comparece a fs.300 CMET S.A.C.I., absteniéndose de manifestar opinión sobre la materia consultada.

A fs.634 y 1223 Telmex Chile Long Distance S.A. se opone a la fusión que se consulta, estimando que ella atentaría contra la libre competencia, pues de concretarse, quedaría la sociedad resultante bajo el control del Grupo Telefónica, y existiría una total concentración de la banda de 800 MHz en una sola compañía, la que además reuniría 30 MHz de la banda de 1900 MHz, totalizando 80 MHz en

ambas bandas. Pide, en consecuencia, prohibir la fusión, y la concentración de frecuencias, por ser un acto constitutivo de restricción y entorpecimiento de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, en general, y en el de la telefonía móvil, en particular. En subsidio, pide que el tribunal regule y fije las condiciones de implementación de la fusión, de manera de evitar que no se produzca una restricción y entorpecimiento de la libre competencia, estableciendo entre otras condiciones la limitación de concentración del espectro del ente fusionado hasta un máximo de 30 MHz en ambas frecuencias, disponiendo la obligación de licitar las frecuencias adicionales.

A fs.759 y 1322 Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A., aportan antecedentes y se oponen a la aprobación de la operación sometida a consulta, solicitando que el tribunal la rechace, por ser contraria a las disposiciones del D.L. N°211, pues tiende a restringir y entorpecer la libre competencia. En segundo lugar, solicitan que en caso de enajenación del control de la sociedad BellSouth Comunicaciones S.A., ésta no podrá ser transferida a una entidad perteneciente a un grupo empresarial que, con motivo de dicha transferencia, pase a controlar más de 60 MHz en las bandas de 800 MHz y/o 1900 MHz, o el límite que el tribunal señale. En subsidio, solicitan que se sujete la operación al cumplimiento de diversas medidas y condiciones.

A fs.843 la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. se opone a la consulta y, en subsidio, sólo si las consultantes acreditan que como producto de la fusión no se producirán los efectos contrarios a la libre competencia, deberá aprobarse la consulta, siempre y cuando, previamente se cumplan diversas medidas que propone.

A fs.876 Telefónica Móvil de Chile S.A. comparece señalando que la materia consultada no restringe la libre competencia, sino que la intensifica, entregando diversas razones para sostener dicha afirmación.

A fs.939 emitió informe la Fiscalía Nacional Económica, afirmando que el mercado nacional relevante al que limita su análisis, constituido únicamente por el servicio telefónico móvil, porque ni la telefonía fija, por razones de costos y amplitud de servicio, ni las nuevas tecnologías, aún incipientes, pueden considerarse

sustitutos. El tamaño y proyección de ese mercado, su creciente evolución, las prácticas comerciales observadas y el constante desarrollo tecnológico contribuyen a aminorar los riesgos de colusión propios de una operación de concentración. Explica 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 ello hayan generado una mayor eficiencia. El servicio de telefonía móvil utiliza la banda 800 y 1900 MHz que son las porciones del espectro radioeléctrico asignadas a este uso por Subtel, en ejercicio de sus facultades privativas de administración y control de dicho recurso, limitado. Advierte que no existe en estos momentos ancho de banda disponible para nuevos operadores, y además, la operación que se consulta deja en manos del grupo Telefónica cerca del 50% del ya asignado, lo que le otorga una ventaja competitiva relevante respecto de sus actuales competidores, por el sólo hecho de concentrar concesiones y no por razones de eficiencia productiva. Además, por efecto de las ganancias de márgenes en cargos de acceso que las nuevas participaciones de mercado conllevarían, se incrementa el riesgo de subsidios cruzados entre las empresas del grupo Telefónica. La fiscalía estima procedente, oportuno y prudente que se prevenga que la operación consultada pueda llevarse a cabo, sujeta al cumplimiento de diversas condiciones.

A fs.957 y 1569 Smartcom S.A. solicita que el tribunal declare que las empresas consultantes no pueden llevar a efecto las transacciones que permitan a TEM por sí o por medio de sus filiales, tomar el control de las acciones de BellSouth Comunicaciones S.A., por constituir la pretendida operación un hecho o situación que importa una infracción a la libre competencia.

A fs.1007 y 1037 Compañía de Telecomunicaciones Llanquihue S.A. y Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur S.A., aportan antecedentes, señalando que la operación permitirá a Telefónica de España participar en Chile en el servicio de la telefonía móvil a través de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., titular de un 99% de Telefónica Móvil de Chile S.A. y de TEM, titular de BellSouth Comunicaciones S.A.

A fs.1062 el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción expresa que el espectro disponible para telefonía móvil se encuentra plenamente utilizado, y la autoridad responsable de administrarlo no tiene contemplado asignar nuevas bandas de frecuencia, por lo que se entiende que el ingreso de nuevos competidores se encuentra significativamente restringido, ya que la única vía sería la compra de una fracción del espectro a empresas existentes. Añade que de concretarse la operación de que se trata, el efecto que se produciría sería la reducción en el número de competidores de cuatro a tres y la aparición de un competidor que concentraría, aproximadamente, el 48% del mercado, seguida de Entel con un 36% y Smartcom con un 16%. En términos de distribución del espectro, Telefónica Móvil y BellSouth unidas tendrían 50 MHz en la banda de 800 MHz y 30 MHz en la banda de 1900 MHz y Smartcom sus 30 MHz en la misma banda. Estima que no hay elementos suficientes para oponerse a la operación de concentración consultada, pero que atendido el mayor riesgo de conductas anticompetitivas conjuntas o unilaterales derivadas de la operación, es necesario facilitar la entrada de nuevos competidores, a través de la disponibilidad del espectro, para lo cual las empresas involucradas en la operación deberían poner a disposición de potenciales entrantes una fracción del espectro que poseen.

A fs.1106 Compañía de Telecomunicaciones de Chile o CTC comparece exponiendo que la operación no es de aquellas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, ni que tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado de que se trata, ni es constitutiva de un abuso de posición dominante, pues con la consulta se pretende es que el tribunal se pronuncie preventivamente, antes de que la operación se materialice, por lo que no es posible configurar un ilícito a la libre competencia. A fs.1637 informa el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, señalando que la fusión de dos compañías de telefonía móvil generará cambios en la distribución actual del espectro, y luego de ella, se concretaría la existencia de una única concesionaria de servicio público telefónico móvil en la banda de 800 MHz y tres concesionarias en la banda 1900 MHz. Del total de MHz destinados al servicio público telefónico móvil, la empresa fusionada acumularía casi el 50%, alcanzando a 80 MHz en total. La empresa fusionada sería la única concesionaria con participación en ambas frecuencias y la única concesionaria participante con una cartera activa en la banda de 800 MHz. Estima que una forma de evitar la existencia de un único operador en la banda de 800 MHz y evitar que se produzca poder de mercado, sería que el tribunal exigiese a la nueva empresa que deje disponible para otros operadores parte de sus bandas, a través de los mecanismos contemplados en la

normativa, formulando una serie de conclusiones y recomendaciones, para tomar medidas tendientes a la reducción de las barreras de entrada de nuevos competidores y garantizar la competencia en el mercado, como por ejemplo exigir la liberación de espectro en la banda de 800 MHz. La sentencia impugnada analizó el mercado relevante, el mercado relevante de producto, el mercado geográfico relevante. Analizó la estructura del mercado de telefonía móvil en Chile, la evolución del mercado, las concesionarias de Telefonía Móvil, precios y modalidades de comercialización, la concentración actual del mercado, el escenario post operación de concentración, las barreras a la entrada al mercado de telefonía móvil, las eficiencias de la operación consultada, los efectos sobre la competencia, el incremento de concentración, la coordinación de comportamiento competitivo, la diferencia entre costos y cargos de acceso, la integración vertical, la competencia potencial, portabilidad del número, efectos de la operación en el mercado de la larga distancia,

Finalmente, luego de las consideraciones finales, resuelve aprobar la consulta, fijando diversas condiciones, en número de nueve.

Como se dijo previamente, dicha sentencia fue objeto de recurso de reclamación por parte de Las empresas Telefónica Móvil de Chile S.A. (fs.3530); Telefónica Móviles S.A. (fs.3633); Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A. (fs.3674); Smartcom S.A. (fs.3692); Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A. (fs.3702); Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (Entel a fs.3705); Telmex Chile Long Distance S.A. (fs.3708).

Considerando:

A) En cuanto a la inadmisibilidad planteada por Telefónica Móviles S.A.

1º) Que, como previamente se consignó, mediante la presentación de fs.3801 Telefónica Móviles S.A. solicitó declarar la inadmisibilidad del recurso de reclamación interpuesto por Telmex Chile Long Distance S.A., empresa que a su vez, a fs.3796 solicitó rechazar dicha petición. La inadmisibilidad indicada se fundamenta en que de conformidad con lo prescrito por el artículo 18, inciso final del D.L. N°211 "Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en

actos o contratos podrán ser objeto del recurso de reclamación". Agrega que dicha norma expresa que la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto autorice o niegue una operación sometida a consulta, sólo es susceptible de recurso de reposición, mas no de reclamación. Añade que excepcionalmente, según dicho precepto, el recurso de reclamación procede única y exclusivamente en contra de las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos. Destaca que lo que permite la norma, es la discusión ante la Corte Suprema de las condiciones bajo las cuales se autorizó la adquisición de BellSouth Comunicaciones S.A., sin encontrarse las partes facultadas para reclamar sobre la autorización misma. La aprobación o rechazo de la operación consultada, dice, es una decisión privativa y excluyente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y de haber sido aprobada la consulta efectuada en forma pura y simple, tal decisión no habría sido susceptible de recurso de reclamación. No obstante, prosigue, la sociedad Telmex Chile Long Distance S.A., al interponer su recurso de reclamación solicitó que se sirva tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la Resolución N°02/2005, dictada con fecha 4 de Enero de 2005, en los autos Rol NC N°01-04, caratulados "Operación de concentración de empresas, Telefónicas Movil-Bellsouth", elevarlo para ante la Excma. Corte Suprema, de modo que, siendo acogido el presente recurso, se deje sin efecto el fallo recurrido disponiéndose en su reemplazo que se desecha la autorización para llevar a cabo e implementar la operación de concentración de empresas convenidas entre Telefónica Móvil y Bellsouth.

Anota que la improcedencia de la acción de Telmex Chile Long Distance S.A., se confirma al analizar el petitorio de todos los demás recursos deducidos en autos, que se han limitado única y exclusivamente a impugnar las condiciones con que fue autorizada la operación consultada, tal como lo autoriza la ley. En conclusión, arguye, la petición de Telmex Chile Long Distance S.A. resulta improcedente por cuanto solicita se deje sin efecto el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que autorizó la operación consultada, y que en su reemplazo se la deseche, por exceder el objeto señalado en el artículo 18 inciso final del D.L. N°211 para el recurso de reclamación, contemplado para impugnar las condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos;

2º) Que el artículo 18 del D.L. N°211 estatuye que El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 17 C, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento. El inciso final dispone que

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán ser objeto del recurso de reclamación";

3º) Que, mediante su reclamación de fs.3708, Telmex Chile Long Distance S.A. solicitó que se deje sin efecto el fallo recurrido, disponiendo en su reemplazo que se desecha la autorización para llevar a cabo e implementar la operación de concentración de empresas convenidas entre Telefónica Móvil y Bellsouth. Tal como se plantea en la petición que se resuelve, la señalada empresa no ha podido interponer el recurso de reclamo contra una resolución que aprobó la fusión consultada, pero imponiendo determinadas condiciones, por no encontrarse en posición jurídica de hacerlo. La referida sentencia era, en relación con dicha empresa, únicamente susceptible del recurso de reposición, de acuerdo con el aludido artículo 18;

4º) Que cabe agregar que las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos son las que pueden ser objeto del recurso de reclamo, de acuerdo con dicho precepto, por lo que la discusión en tal caso, y el marco de competencia de la Corte Suprema, que conoce de los aludidos recursos de reclamo, se limita a la procedencia o improcedencia de las referidas condiciones, pero no resulta posible revertir la sentencia, recaída en un procedimiento no contencioso, en términos de rechazar, como se ha pretendido, la fusión consultada;

5º) Que corrobora lo anteriormente sustentado, el texto del artículo 17 L del cuerpo legal de que se trata, que sólo permite el recurso de reclamación, para ante este tribunal, respecto de la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso debe ser fundado y puede interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes. Como se advierte, ya el recurso de reclamación, en relación con tales medidas, es limitado, pues quien podrá reclamar de la imposición de las medidas será, como es evidente, quien las haya recibido. En tanto, de la absolución, podrá reclamar o el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes. En la especie no se trata de alguna de dichas medidas, sino de las que contempla el artículo 17 C N°2 del D.L. N°211, por lo que la disposición aplicable es el artículo 18 de dicho texto de ley, que limita de modo significativo el recurso en examen;

6º) Que, por lo expuesto, la empresa Telmex Chile Long Distance S.A. no ha estado en posición jurídica de deducir un recurso de reclamo en la forma como lo ha hecho, en el presente procedimiento, cuya naturaleza jurídica es de ser no contencioso. Ello, porque la ley no le permite solicitar el rechazo de la fusión consultada, lo que determina que se debe acoger la solicitud de inadmisibilidad formulada a fs.3801, respecto de dicha reclamante;

B) En cuanto al fondo.

7º) Que, como se adelantara, en la especie dedujeron recurso de reclamación, con la salvedad dicha en los motivos anteriores, las empresas Telefónica Móvil de Chile S.A. (fs.3530); Telefónica Móviles S.A. (fs.3633); Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A. (fs.3674); Smartcom S.A. (fs.3692); Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A. (fs.3702); Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (Entel a fs.3705); Telmex Chile Long Distance S.A. (fs.3708). Esta Corte declaró inadmisibile el recurso de esta última sociedad; en el capítulo previo;

8º) Que la sentencia reclamada, en lo medular y luego de diversos argumentos que no resulta de utilidad consignar, señala que este Tribunal estima que, con motivo de la operación consultada, se producirán eficiencias significativas que, sin embargo, no pueden cuantificarse con certeza a partir de los antecedentes que obran en autos... como se verá en el capítulo 5... las condiciones de competencia que regirían en caso de aprobarse pura y simplemente la operación consultada no garantizarían, a juicio de este Tribunal, que tales eficiencias se traspasen efectivamente a los consumidores, será necesario condicionar la aprobación de la consulta a las medidas que se imponen en la parte resolutiva de este fallo. Agrega que si las ganancias de eficiencia en la empresa resultante de la operación consultada fuesen de gran magnitud, ello le permitiría bajar fuertemente sus precios y provocar serias dificultades y, eventualmente, la quiebra de sus competidores.

Esta situación podría beneficiar a los consumidores en el corto plazo, pero ella se revertiría en el largo plazo por efecto de la reducción en el número de oferentes. Ni existen antecedentes en autos que permitan asegurar que dichas ganancias son de una magnitud tal que obliguen a sus competidores a salir del mercado,

especialmente si se toman las medidas pertinentes. Aún más, es posible que sea inconveniente para la empresa resultante que sus competidores quebraran, pues sus instalaciones podrían ser compradas a bajo precio y convertirse la nueva empresa que surja en un competidor de costos aún más bajos;

9º) Que, seguidamente, el fallo analiza los efectos sobre la competencia, y en primer lugar, el incremento en la concentración, remarcando que considera que, en caso de aprobarse la operación consultada en la forma solicitada, aumentaría la concentración en el mercado de la telefonía móvil, producto de la creación de una empresa con una cartera compuesta por el 48,5% de los abonados, y el 43,3% del tráfico anual de salida, enfrentada a un solo competidor de tamaño equivalente. Si bien la medida de concentración HHI en el mercado actual puede dar luces sobre los posibles efectos competitivos que podrían resultar de una fusión, hay que destacar, tal como se ha señalado precedentemente, que dicha circunstancia es propia en un mercado donde existen barreras a la entrada (disponibilidad de concesión), fuertes costos hundidos (inversiones en redes) e inversiones en publicidad y promociones, lo que lleva a que la estructura de mercado tienda a ser concentrada. Además, la empresa resultante de la operación de concentración quedaría con el derecho a utilizar un total de 80 MHz del espectro radioeléctrico (50 MHz en la banda de 800 MHz y 30 MHz en la banda de 1.900 MHz), mientras que Entel es titular de concesiones para el uso de 60 MHz en el ancho de banda de 1.900 MHz; y Smartcom de 30 MHz en el ancho de banda de 1.900 MHz.

Sobre la base de esta disponibilidad de espectro, las condiciones de competencia entre los distintos operadores serían asimétricas, dado que, tal como se aprecia de lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fs.930, para servir a un mismo número de clientes, una mayor disponibilidad de espectro permitiría disminuir los costos medios de largo plazo de operación para una tecnología. Sumado a lo anterior, una sola empresa pasaría a poseer la totalidad de las concesiones para telefonía móvil en el ancho de banda de 800 MHz. Este ancho de banda presenta mejor propagación que la banda de 1.900 MHz, por lo que otorga una mayor cobertura. En consecuencia, y tal como se resolverá, no se considera deseable que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa. Por último, se ha señalado en el capítulo 4, precedente, que, como resultado de la eventual fusión, las empresas involucradas reducirán sus costos de largo plazo en la provisión de servicios de telefonía móvil. Sin embargo, dado que el número de

actores en la industria disminuirá como resultado de la operación, el traspaso de estas eficiencias a los consumidores no constituye un elemento cierto que permita a este Tribunal aprobar la operación en términos puros y simples;

10º) Que, a continuación, el fallo alude a lo que denomina Coordinación de comportamiento competitivo, resaltando que a juicio de este Tribunal, la reducción del número de actores y la distribución de sus participaciones relativas en el mercado relevante, aumentaría los incentivos de los operadores en la telefonía móvil para coordinar su comportamiento competitivo. Luego se ocupa de la diferencia entre costos y cargos de acceso, manifestando que Adicionalmente, esta situación ventajosa sería aún mayor si se considera la diferencia entre los cargos de acceso y el costo, para cada operador, de terminar en su propia red una llamada originada en la misma. A saber: La fijación tarifaria de los cargos de acceso está determinada por ley para todas las concesionarias de servicios telefónicos, tanto móviles como fijos, y su plazo de vigencia es de cinco años, no contemplándose posibilidades de modificaciones por alteraciones en la estructura del mercado. Si bien no corresponde a este Tribunal pronunciarse en esta causa acerca de la mejor manera de fijar cargos de acceso cuando existe competencia entre empresas de distinto tamaño, es pertinente referirse a la existencia de incentivos distintos para las empresas de mayor tamaño, para el caso de aprobarse en términos puros y simples la operación consultada.

En efecto, 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. Por otra parte, las empresas con mayor base de abonados tienen incentivos para traspasar a los potenciales clientes importantes economías de red, con el objeto de atraerlos, ya que la probabilidad de que un usuario tenga sus contactos en la misma red crece con el número de suscriptores. Estas dos condiciones, la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, más la mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño - incluida la resultante de la operación consultada - a discriminar entre el precio de las llamadas on net y las llamadas off net. Así, esta discriminación de precios, aún cuando puede ser justificable en términos de costos, llevaría a la empresa a incrementar su posición dominante, perjudicando a las más pequeñas y reduciendo la competencia en el mercado de la telefonía móvil. Sobre lo que llama integración vertical, expresa que

La integración vertical entre la empresa resultante de la operación y la empresa dominante en telefonía fija en el país también representaría un riesgo para la competencia en ambos mercados. De hecho, en casos anteriores, la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, ha considerado que ciertas formas de integración, consistentes en la oferta conjunta de servicios de telefonía fija y móvil, eran contrarias a la libre competencia. Así, por ejemplo, se falló en la Resolución N°483, de 1997, y en la Resolución N°547, de 1999. De esta forma, TEM podría intentar traspasar costos a su empresa relacionada -y regulada- de telefonía fija.

Aun cuando la posibilidad de subsidios cruzados se vería limitada por la existencia de algunos accionistas distintos en ambas empresas, es posible esperar, entre las dos, colaboraciones que, sin implicar transferencia de recursos, permitan a TEM competir en mejores condiciones que sus rivales. Por ejemplo, ambas empresas podrían ofrecer planes conjuntos que no estén abiertos a las demás empresas de telefonía móvil. Por otro lado, CTC podría facilitar toda su información sobre tráfico, lo que daría una ventaja comercial a TEM. Es por estas razones que este Tribunal impondrá la obligación de que tales ofertas conjuntas se consideren como efectuadas por la empresa de telefonía fija, en los términos de lo dispuesto en el Decreto N°742 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de febrero de 2004. Enseguida razona sobre Competencia potencial, y consigna que Respecto de la competencia potencial, es difícil para un nuevo operador entrar en el mercado de telefonía móvil, dado que, tal como se ha considerado precedentemente en el título tercero, el espectro actualmente asignado por la autoridad para estos fines se encuentra concesionado en su totalidad, y por el momento no se asignarán otros anchos de banda. Por otro lado, para ingresar a este mercado es necesario realizar importantes inversiones en redes, lo que dificulta aún más la entrada de nuevos competidores. Se puede pensar también en sustitutos más lejanos de la telefonía móvil, como podría ser el caso del trunking digital, servicio que actualmente es provisto en Chile por la empresa Nextel. Sin embargo, como consta en los informes de la Fiscalía Nacional Económica y de Subtel, a fs.900 y 3207, respectivamente, esta tecnología no se puede considerar un sustituto efectivo de la telefonía móvil, principalmente porque está dirigida a clientes corporativos que requieren satisfacer necesidades de comunicación interna. Cabe destacar además que, en la actualidad, las concesionarias de este servicio no pueden ser consideradas empresas que compitan con las empresas de telefonía móvil, ya que, según lo informado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fs.1647, aún

no se ha dado inicio al servicio de trunking digital, estando disponible a esta fecha sólo el servicio de trunking analógico.

A mayor abundamiento, se ha planteado en autos, a fs. 1966 a 1971, la posibilidad de introducir mayor competencia en el mercado de la telefonía móvil por medio del ingreso al mismo de Operadores Móviles Virtuales (OMV). Según los antecedentes presentados a fs.1671, esta modalidad ha tenido un fuerte desarrollo a nivel internacional a partir del año 1999. En el caso del Reino Unido y a nivel mundial, Virgin ha sido una de las primeras empresas en constituirse como OMV y su éxito ha sido sorprendente, pues logró participaciones de 3,8% para el segundo trimestre de 2002 y de 5,2% en el tercer trimestre de 2003. Situaciones como la descrita pueden encontrarse también en los Estados Unidos de América, en Noruega, Australia e Irlanda. El ingreso de estos OMV al mercado nacional de la telefonía móvil puede realizarse de distintas formas. En un extremo, el OMV puede acordar con un Operador Móvil Establecido (OME), o con varios de ellos, el arriendo de espectro radioeléctrico e instalar todas las facilidades necesarias para la prestación de servicios de telefonía móvil. En el otro extremo, el OMV puede, a través de un acuerdo con un OME, utilizar todas las facilidades instaladas de este último, siendo necesario efectuar sólo inversiones asociadas a mercadeo, facturación y registro de clientes. Según los antecedentes de autos, los principales beneficios que presenta dicha modalidad de competencia son: disminución de las barreras de entrada, asociadas a espectro e infraestructura, y aumento de la diversidad de productos. Habida cuenta de las características que tendrá el mercado de la telefonía móvil en un escenario post operación de concentración, este Tribunal considera conveniente la incorporación de OMV, pues ello conllevaría un incremento de la competencia en el mercado y una mayor eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico.

A continuación, la sentencia analiza la portabilidad del número, y precisa que Respecto de la portabilidad del número, se ha planteado en autos que la operación consultada, de aprobarse, produciría el efecto negativo de convertir en clientes cautivos de la empresa resultante a los actuales abonados de telefonía móvil de BellSouth. En relación con esta materia, este Tribunal es de la opinión que, a pesar del elevado índice de rotación o churn presente en la industria -sobre todo en materia de prepago-, es dable esperar la existencia de inconvenientes para aquellos usuarios de BellSouth que, con motivo de concretarse la operación consultada, opten por cambiarse a otro operador de telefonía móvil. Lo anterior, habida cuenta de la pérdida del número y de la incompatibilidad de terminales. En

consecuencia, y con el objeto de mitigar el efecto antes descrito, este Tribunal impondrá la obligación de poner en marcha un servicio gratuito de información de cambio de número a favor de tales usuarios. Sobre los efectos de la operación en el mercado de la larga distancia, explica el fallo que El alcance de la operación consultada considera la toma de control de BellSouth Chile S.A., operador de larga distancia. Cabe destacar que, en el mercado de larga distancia participan 36 concesionarias, de las cuales 26 cuentan con cobertura nacional y 3 poseen redes propias (Entel, CTC Mundo y Chilesat). En cuanto al mercado de la larga distancia nacional, BellSouth cuenta con el 1,5% del mercado (según consta en 3.3. de los vistos), mientras que Telefónica alcanza el 40% (Memoria Anual 2003, CTC). En un escenario post operación de concentración, la empresa resultante reuniría el 41,5% de participación en este segmento. En el mercado de larga distancia internacional, por su parte, las cifras señalan que BellSouth cuenta con el 7% del mercado (numeral 3.3. de la parte expositiva), mientras que Telefónica alcanza el 30% (Memoria Anual 2003, CTC). En un escenario post operación de concentración, entonces, la empresa resultante reuniría el 37% de participación en este segmento. Este Tribunal es de la opinión que la toma de control de BellSouth Chile S.A. implicará efectos relevantes en el mercado de larga distancia nacional e internacional, habida cuenta de la pluralidad de oferentes antes referida, de la estructura del mercado en cuestión y, en particular, del hecho que BellSouth Chile S.A. carece de una red propia y de una participación significativa en dicho mercado. Por último, si bien es cierto que existen relaciones entre la telefonía móvil y la de larga distancia, éstas no son distintas de las que existen entre la telefonía móvil y la fija, por lo que, por razones análogas, parece innecesario tratar ambos mercados en forma conjunta. Con todo, la empresa fusionada, como usuaria de servicios de telefonía de larga distancia, debiera dar igual tratamiento a todas las empresas de dicho mercado;

11º) Que, luego, el fallo formula consideraciones finales, precisando que Los argumentos desarrollados en la parte considerativa de este fallo, llevan a este Tribunal a estimar que la operación consultada, implicaría una mayor concentración en un mercado con claras barreras a la entrada. Lo anterior, sin embargo, y atendidas las características de la industria, no constituye en si mismo un obstáculo para aprobar, en principio, la operación consultada. Con todo, y dado que:

a. los operadores de telefonía móvil competirán en un escenario con condiciones asimétricas (atendida la disímil distribución del espectro radioeléctrico, tanto en

cantidad total como en calidad por la concentración de la banda más eficiente en manos de una sola empresa);

b. que, además, estas asimetrías favorecerían a las empresas dominantes ya que les facilitaría coordinar su comportamiento competitivo;

c. que, por otra parte, la empresa resultante de la operación consultada podrá incrementar su posición de dominio en el mercado, por la posibilidad de discriminar en el precio de las llamadas on net y off net;

d. y que, finalmente, por la relación existente entre la empresa dominante de telefonía fija y la empresa resultante de la operación consultada, podrían generarse acciones de colaboración entre ambas; este Tribunal considera necesario fijar condiciones para dar curso a la operación de concentración consultada, orientadas a salvaguardar las condiciones de competencia en la industria, siendo la principal de ellas la disposición, enajenación y/o transferencia parcial del espectro disponible, por parte de la empresa resultante de dicha operación. Así se ha fallado, con igual o similar propósito, en la Resolución N°588, de 20 de diciembre de 2000, de la H. Comisión Resolutiva, y en el Dictamen N°975, de 21 de junio de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central;

12º) Que, finalmente, la sentencia decide la cuestión en los siguientes términos: Atendido el mérito de la causa, las consideraciones precedentes, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º, 17 C N°2, y 18 del Decreto Ley N°211, modificado por la Ley N°19.911, este Tribunal resuelve: 1º. Aprobar la consulta presentada por Telefónica Móviles SA. de fojas 118, y de BellSouth Chile, Inc. y BellSouth Chile Holdings, Inc., de fojas 134, respectivamente; y, 2º. Fijar, como condiciones a las que deberá someterse la operación de concentración consultada, las siguientes medidas: PRIMERA: Telefónica Móviles SA. deberá transferir, a su elección, aquellas concesiones que, consideradas en conjunto, le otorguen, a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz, en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley General de Telecomunicaciones y normativa complementaria. Dicha transferencia deberá efectuarse a terceros no relacionados, y llevarse a efecto por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto. La transferencia de las concesiones deberá hacerse efectiva dentro de un plazo máximo de dieciocho meses, a contar de la notificación de esta resolución. SEGUNDA: En el evento que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en la condición Primera, precedente, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro

radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contado desde el acto de adjudicación de las concesiones. TERCERA: Las bases de licitación que se elaboren, sea con motivo de la transferencia dispuesta en la condición Primera, o con ocasión del cumplimiento de lo ordenado en la condición Segunda, deberán ser aprobadas por este Tribunal en forma previa al respectivo llamado a concurso, para lo cual, la empresa que licite, deberá acompañar dichas bases a esta causa, por vía incidental. CUARTA: La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración aquí aprobada, deberán someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, quedando sujetas a la fiscalización de este organismo. QUINTA: La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración, durante el tiempo que se requiera para la enajenación de espectro según lo dispuesto en la condición Primera, precedente, no podrán comercializar planes que incluyan precios distintos para las llamadas dentro de su propia red y las llamadas que terminen en otras redes móviles. SEXTA: Mientras no se materialice la transferencia de espectro ordenada en el primer párrafo de la condición Primera, precedente, la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración consultada deberán poner en operación un sistema de información de cambio de número para todos los clientes de telefonía móvil de BellSouth Comunicaciones S.A. que decidan cambiarse de proveedor, o para cualquier cliente que se encuentre, por razones técnicas provocadas por necesidades de la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación, obligado a cambiar de número de su teléfono móvil. Este servicio deberá informar a quien efectúa la llamada acerca del nuevo número del cliente que está intentando contactar y se proveerá gratuitamente a los referidos suscriptores, por el término de tres meses. SÉPTIMA: La Subsecretaria de Telecomunicaciones deberá velar por reducir al máximo las barreras que enfrentan los consumidores para cambiar de proveedor de servicio telefónico móvil. En particular, deberá velar por la eliminación de la práctica consistente en bloquear los terminales para su uso en otra concesionaria. OCTAVA: Toda oferta conjunta de servicios de telefonía fija y móvil, comercializada por la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración y que considere la prestación de servicios de telefonía fija por parte de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., se entenderá que es una oferta conjunta efectuada por ésta última y, por tanto,

deberá regirse por las disposiciones del Decreto N°742 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de febrero de 2004, dictado con motivo del pronunciamiento de la Resolución N°686, de 20 de mayo de 2003, y de la Resolución N°709, de 13 de octubre de 2003, ambas de la H. Comisión Resolutiva. NOVENA: Se recomienda a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes. Finalmente, consigna que La supervisión del cumplimiento de las condiciones anteriores recaerá en la Fiscalía Nacional Económica;

13º) Que en relación con lo así resuelto ha de pronunciarse esta Corte Suprema, sobre la base de los recursos de reclamación interpuestos, salvo el que fuera estimado inadmisibles. Sobre esta materia, cabe precisar, en primer lugar que, tal como se adelantara, el recurso de reclamo está contemplado en el artículo 17 L del nuevo texto del Decreto Ley N°211, luego de su modificación por la Ley N°19.911. Dicho precepto estatuye que Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. El inciso segundo del precepto dispone que Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 17 K, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad a la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil. El precepto, a continuación, reglamenta la forma como se interpone y conoce del recurso la Corte Suprema;

14º) Que, sin embargo, el anterior no es el caso de autos, ya que no se trata de la imposición de alguna de las medidas contempladas en el artículo 17 K, sino de las medidas a que se refiere el mismo artículo 17, pero en su letra C y más precisamente, en el número 2, tratándose de un asunto no contencioso, como también se señaló previamente. Para dicho evento, rige el artículo 18 del D.L. N°211, antes transcrito, y que dispone que El ejercicio de las atribuciones a que se

refieren los números 2) y 3) del artículo 17 C, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:.... El inciso final del precepto, que es el que reglamenta el presente asunto, dispone que Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación;

15º) Que el precedentemente estampado es el límite legal en el que puede actuar este Tribunal, para conocer de los recursos de reclamo entablados, con la excepción que ya se indicó. En efecto, sobre la fusión ya aprobada en el marco de la consulta efectuada por las empresas interesadas, esta Corte no puede pronunciarse, en concordancia con lo expuesto. Es decir, en dicha sección la aludida sentencia está ejecutoriada, pues no puede ser dejada sin efecto, ya que la aprobación de la consulta es irreclamable;

16º) Que, de otro lado, hay que añadir que tampoco es posible revisar todo aquello que no sea acto o contrato, de acuerdo con la normativa hecha valer. Dentro de este esquema, la primera de las reclamaciones fue interpuesta por Telefónica Móvil de Chile S.A. a fs.3530, empresa que solicitó, sobre la base de las argumentaciones vertidas en la presentación respectiva, que Se dejen sin efecto las medidas primera, segunda y tercera del N°2 de la parte resolutive de la resolución recurrida, por carecer de fundamentos económicos y legales que justifiquen la transferencia de concesiones que sumen 25 MHz en la banda de 800 MHz. En subsidio, se pide que se amplíe el plazo de 18 meses establecido en la medida primera del N°2 de la parte resolutive de la resolución recurrida a 32 meses. También se solicitó dejar sin efecto la medida quinta del N°2 de la parte resolutive de la resolución recurrida, y en subsidio de lo anterior, complementarla en el sentido de que ella tiene sólo por efecto que la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación no podrán comercializar planes que incluyan precios distintos para los llamados dentro de la red móvil resultante de la fusión entre Telefónica Móvil S.A. y BellSouth Comunicaciones S.A., más no respecto de las llamadas que se realicen al interior de las actuales redes independientes de Telefónica Móvil de Chile S.A. y BellSouth Comunicaciones S.A., para que se permita comercializar servicios distinguiendo entre tarifas on net y off net, facultando participar sin restricciones en licitaciones, públicas o privadas, en que se solicite tal tipo de diferencia de precios; y se permita comercializar a

empresas pequeñas, medianas y grandes, distinguiendo entre tarifas on net y off net. En subsidio de lo solicitado en el punto previo, se pide dar aplicación general a la instrucción quinta, mencionada anteriormente, haciéndola extensiva a todas las empresas del mercado, eliminando su carácter discriminatorio. Finalmente, se solicita que se deje sin efecto la medida cuarta y sexta del N°2 de la parte resolutive de la resolución recurrida, y en subsidio, dar carácter general a las medidas cuarta y sexta del N°2 ya referido, haciéndola aplicable a todas las empresas del mercado, eliminando su carácter discriminatorio;

17º) Que este Tribunal no comparte lo planteado en torno a las medidas cuestionadas por la empresa aludida en el motivo previo. Desde luego, la medida número 4 de las impuestas por la sentencia recurrida, se encuentra consagrada en la propia ley, dado que se trata de empresas constituidas bajo la modalidad de sociedades anónimas (Ley sobre Sociedades Anónimas, complementada por la Ley de Mercado de Valores)., de suerte que no resulta procedente dejarla sin efecto. Las medidas primera y segunda la tercera viene a ser una mera consecuencia- son adecuadas y totalmente lógicas, que se desprende del hecho de que debido a la aprobación de la operación de fusión consultada, se ha producido un aumento en la concentración del mercado de la telefonía móvil, la que quedaría con el derecho a utilizar un total de 80 MHz del espectro radioeléctrico, 50 en la banda de 800 MHz y 30 MHz en la banda de 1900 MHz, en tanto Entel es titular de concesiones para el uso de 60 MHz en el ancho de banda de 1900 MHz y Smartcom de 30 MHz en el ancho de banda de 1900 MHz. Como se indica en el propio fallo, sobre la base de esta disponibilidad de espectro, las condiciones de competencia entre los distintos operadores serían asimétricas, dado que para servir a un mismo número de clientes, una mayor disponibilidad de espectro permitiría disminuir los costos medios de largo plazo de operación para una tecnología. Además, una sola empresa pasaría a tener la totalidad de las concesiones para telefonía móvil en el ancho de banda de 800 MHz, ancho de banda que presenta mejor propagación que la banda de 1900 MHz, por lo que otorga mayor cobertura, de tal suerte que no es prudente que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa. En cuanto al plazo otorgado, es también prudencial, en concepto de este tribunal, de manera que no existe razón para variarlo, como se pretende;

18º) Que la medida quinta, también cuestionada, es una consecuencia de las previamente comentadas, y permite evitar posibles abusos en el período que en

ella se expresa. Tampoco resulta procedente complementar la medida quinta en la forma pedida, ni mucho menos, acceder a lo pedido en subsidio, en orden a dar aplicación general a la instrucción quinta, haciéndola extensiva a todas las empresas del mercado, eliminando su presunto carácter discriminatorio. Esto último, como es evidente, no resulta procedente porque se trata, en la especie, de la consulta de fusión efectuada por las empresas ya individualizadas, por lo que la autorización que se ha otorgado ha quedado condicionada del modo dicho, pero resulta jurídicamente imposible a esta Corte Suprema imponer medidas a empresas que no han efectuado consulta alguna, porque no han llevado a cabo procesos de fusión que las lleven a tener una participación más relevante en el mercado respectivo, como una mayor participación en el espectro radioeléctrico. Se trata de una pretensión que no es pertinente al objetivo del proceso y del recurso de reclamo. En suma, es el parecer de esta Corte que las medidas propuestas y de que ha reclamado la empresa señalada, son las adecuadas, prudentes y lógicas, importando todas ellas contratos, por lo que no estima procedente acceder al planteamiento del recurso que se analiza;

19º) Que, en cuanto al segundo reclamo, de Telefónica Móviles S.A., de fs.3633, básicamente contiene los mismos reparos que la anteriormente rechazada, con la salvedad de que se pretende que se disponga dar aplicación o carácter general a las reglas cuarta y sexta del N°2 de la sentencia además de la medida quinta-, lo que no resulta posible por lo ya argumentado, esto es, no se pueden imponer medidas a empresas que no han efectuado consultas al tenor del D.L. N°211, ya que ellas proceden respecto de las que participaron en la fusión consultada, precisamente porque a raíz de la fusión pasaron a tener una posición privilegiada o relevante en el mercado de la telefonía de que se trata, y en el espectro radioeléctrico ya descrito, que es lo que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pretende evitar con las medidas en contra de los cuales se recurre. En cuanto a la recomendación novena, tampoco resulta procedente su eliminación, como se ha pretendido, precisamente porque involucra una simple recomendación y que va dirigida a una entidad pública, como es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, y cuyo real alcance sólo se apreciará una vez que dicha repartición, si lo estima pertinente, implemente la medida que se le recomienda. En resumen, tampoco resulta procedente acceder a las peticiones de este recurso;

20º) Que, por su parte, a fs.3674 dedujeron recurso de reclamo Chilesat Sorp S.A., y Chilesat Servicios Empresariales S.A. Su pretensión, sin embargo, y acorde a lo ya reflexionado sobre la competencia de esta Corte Suprema, es inatendible en

derecho, toda vez que solicita que se deje sin efecto la resolución objeto de reclamo y decida en su lugar que se niega lugar a la consulta, por infringir las normas contenidas en el DL 211 y tratarse de un contrato que tiende a entorpecer, restringir e impedir la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil en Chile. Como antes se adujo, a propósito de la inadmisibilidad de uno de los recursos de reclamo planteados y también en otras consideraciones previas, esta Corte sólo debe pronunciarse sobre las resoluciones que impongan medidas, pero carece de facultades, atendida la estructura jurídico-procesal del recurso de reclamación, para dejar sin efecto la sentencia y por esa vía rechazar la operación consultada, cuestión que no merece mayores explicaciones, pues ello se trató más extensamente a propósito de capítulos iniciales;

21º) Que a fs.3692 rola el recurso de reclamo de Smartcom S.A., mediante el cual se persigue que, acogiéndoselo, se imponga como condición a la operación consultada, en cuanto complemento de la Resolución, que los Ministerios de Transporte y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción deben proceder a rectificar el decreto tarifario N°37 de fecha 20 de enero de 2004, de Telefónica Móvil de Chile S.A., fijando los cargos de acceso de dicha compañía en función de la nueva participación de mercado generada a favor de tal compañía producto de la operación consultada. O en su defecto, para el evento que Telefónica Móviles S.A. (de España) decida operar las dos compañías de telefonía móvil que están ahora bajo su control, amparándose en el decreto tarifario N°33 de fecha 20 de enero de 2004 de BellSouth Comunicaciones S.A., la rectificación se efectúe respecto de este último decreto en los mismos términos antes solicitados. Por último, en subsidio de las peticiones ya formuladas, solicita al máximo tribunal resolver el rechazo de la operación consultada, toda vez que la no solución del problema planteado en el cuerpo de esta presentación en relación a los cargos de acceso, produce distorsiones tan relevantes como que la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil en nuestro país pasaría a quedar decididamente comprometida;

22º) Que, como se aprecia, el recurso transcrito en el motivo precedente en su petitorio, ha formulado sus pretensiones en forma inversa, porque la principal consiste en resolver el rechazo de la operación consultada, y en subsidio, la imposición de la condición que pretende. Desde luego, el rechazo de la consulta de la operación de fusión no es posible en esta etapa procesal, en virtud de lo anteriormente expresado, pues en lo tocante a ella la sentencia recurrida está firme y esta Corte sólo tiene competencia para pronunciarse sobre las medidas o

condiciones que se impusieron por el tribunal reclamado. Tampoco tiene competencia para decidir sobre medidas que no se impusieron, e imponerlas por su parte, puesto que la ley no lo permite, como quedó manifestado, de modo que cualquiera sean las razones que motiven tales peticiones, ellas no pueden ser consideradas porque escapan del marco del recurso de reclamación, que como se ha venido aseverando, se ha entablado a raíz de una consulta, que dio origen a un procedimiento no contencioso, cuya naturaleza se excedería con creces si esta Corte accediera a imponer alguna de las medidas que se han propuesto, o si se rechazara la operación de fusión;

23º) Que, seguidamente, a fs.3702 interpusieron recurso de reclamo las empresas Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A. Su objetivo es similar a las anteriores, pues en primer lugar, ha solicitado que se declare que la operación consultada es contraria al D.L. N°211, lo que no resulta posible, porque dicha materia quedó fuera de la discusión en este proceso no contencioso, en que la Corte sólo puede conocer de la imposición de las medidas, de acuerdo con la estructura jurídica del recurso que contempla este cuerpo legal, y en virtud del cual conoce esta Corte Suprema, como se ha sostenido con reiteración. En cuanto a la petición subsidiaria, este tribunal también anticipó, previamente, su parecer en orden a mantener en su integridad las medidas impuestas, por considerarlas de la más elemental lógica y prudencia, por las razones expuestas. Y en lo tocante a la medida novena, que también se ha cuestionado, se reitera que envuelve una mera recomendación, esto es, una insinuación que la repartición a la que dirige podrá acoger o no, y si lo hace, en perjuicio de alguno de los actores del mercado a que se refiere la presente situación, éstos podrán en su momento deducir las acciones que estimen pertinentes, sin que el tribunal estime pertinente dejarla sin efecto;

24º) Que, por su parte, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. entabló recurso de reclamo a fs.3705, con la misma pretensión de que se declare que se rechaza la operación consultada, por ser contraria al D.L. N°211 o, en subsidio, que se incluyan como medidas necesarias y previas para permitir la operación, el que se dé efectivo cumplimiento a la desagregación de la red local de CTC. Como se advierte, igualmente traduce una petición también improcedente, porque la Corte Suprema no puede, en el marco de un proceso no contencioso como el presente, en el cual el alcance del recurso de reclamo está muy claramente delimitado y acotado, dejar sin efecto la sentencia recurrida y rechazar la operación de fusión consultada, porque ello se encuentra fuera de su competencia. Tampoco puede agregar medidas, ya que el objetivo del recurso es

conocer del reclamo respecto de las medidas impuestas, como aparece claramente del texto de la ley. En el presente caso, con el agregado de que la medida que se pretende se encuentra pendientes de regulación desde el año 1998, según expone el propio reclamante, quien señala que tampoco se encuentra vigente y operativo otro mecanismo clave para la protección de la competencia, como es la obligación de ofertas para la reventa de planes individuales o conjuntos;

25º) Que, de otro lado, y sin perjuicio de lo dicho previamente, cabe agregar que la desagregación efectiva de las redes del monopolio local a que alude el reclamo de la empresa mencionada en el motivo que precede, constituye un problema netamente técnico, y tal como dice el propio recurso, corresponde a la Autoridad dictar el Reglamento de desagregación y de reventa, lo que se encuentra pendiente desde el año 1998. Sin embargo, la fusión no puede depender del hecho de que la autoridad no dicte un Reglamento en los términos indicados por el referido recurrente de reclamo, ni puede esta Corte tampoco ordenar a dicha Autoridad que lo haga, y para ello los propios interesados deben acudir a las instancias pertinentes;

26º) Que, cabe añadir que resulta obvio que no es posible desagregar sin el respectivo Reglamento, como lo pretende el recurrente de fs.3705, pues con ello se producirían otros efectos como por ejemplo, que se tocaría la fijación de tarifas, lo que constituye también un asunto de orden técnico;

27º) Que, como se puede apreciar, algunas de las empresas recurrentes de reclamación han pretendido, por la vía de sus recursos entablados en el marco cubierto de la consulta de una operación de fusión, conseguir que esta Corte Suprema lleve a cabo toda una completa regulación del mercado en el cual desarrollan sus actividades las empresas objeto de la operación y las recurrentes, lo cual no sólo no es admisible, sino que escapa, como se ha venido diciendo, al muy limitado marco de acción que le permite el recurso de reclamación establecido en el Decreto Ley Nº211, ya que el tribunal debe abordar lo que dice relación con las medidas impuestas, pero no con las no impuestas, ni tampoco, con problemas propios del mercado a que alude esta causa, algunos de los que se arrastran por largo tiempo, pues son otras las instancias o caminos para conseguir tales fines;

28º) Que, de otra percepción, tampoco puede perderse de vista la circunstancia de que el mercado de que se trata es limitado, lo que determina que éste presente caracteres que le son muy propios, cual ocurre por ejemplo con las concesiones para operar radioemisoras o canales de televisión, todos los cuales dependen de la limitación natural que tienen los respectivos espectros en los que se realizan las emisiones, los que debido a dicha situación, se encuentran copados. En ello no se diferencia demasiado de otros mercados, como por ejemplo el de los servicios básicos, como lo son el agua potable o la energía eléctrica que dependen de la instalación de conductos o postación, respectivamente, para su funcionamiento; e, incluso, la telefonía clásica, esto es, la que utiliza sistemas de cables conductores;

29º) Que, por lo tanto, resulta casi inevitable que al producirse una fusión, se vaya también produciendo un fenómeno de concentración del mercado correspondiente, el que no tiene por qué ser calificado de negativo, a priori, pues dicha circunstancia y sus consecuencias deberán verse, necesariamente, luego de producido el proceso y operando las empresas involucradas, fusión que podría tener incluso efectos beneficiosos para los consumidores. Por ello resulta natural que sea la autoridad del ramo la que le imponga las condiciones respectivas, y para caso de generarse problemas en relación con empresas de la competencia, o incluso respecto de los consumidores, todos ellos tienen la posibilidad de entablar sus reclamos;

30º) Que, además, resulta procedente formular la consideración de que las condiciones impuestas no afectan a los recurrentes, en cuanto formularon alegación a su respecto. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene facultades para imponer las condiciones de la operación consultada, y parece ser la instancia adecuada para ello. En el presente caso, se advierte que lo hizo de un modo muy prudente, tomando diversas prevenciones para precaver posibles efectos futuros;

31º) Que, con lo que se ha expuesto, razonado y concluido, se agota el análisis que este tribunal puede hacer de los recursos de reclamo entablados, los cuales, como se ha visto, en su mayoría se han excedido en sus pretensiones, en todo o en parte, de lo que permite la naturaleza jurídica de tal medio de impugnación jurídico procesal, según se ha expresado con reiteración.

Por lo tanto, la conclusión inevitable es que deben ser desestimados.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 17 letra c) N°2 y 18 del Decreto Ley N°211, se declara:

A) Que el reclamo interpuesto a fs.3708 por Telmex Chile Long Distance S.A. contra la sentencia de cuatro de enero último, escrita a fs.3230 es inadmisibile; y

B) Que se rechazan los recursos de reclamo deducidos por Telefónica Móvil de Chile S.A. a fs.3530; por Telefónica Móviles S.A. a fs.3633; por Chilesat Corp. S.A., Chilesat S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A. a fs.3674; por Smartcom S.A. (fs.3692); por Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Entel Telefonía Móvil S.A. a fs.3702; por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (Entel) a fs.3705.

Acordada la decisión contenida en la letra B) que precede, en lo tocante al reclamo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., en cuanto solicitó en subsidio del rechazo de lo principal, la inclusión como medida necesaria y previa para permitir la operación consultada, que se dé efectivo cumplimiento a la desagregación de la red local de CTC, con el **voto en contra de la Ministra Srta. Morales**, quien estuvo por acoger esta petición compartiendo lo que al respecto se expresa por dicha sociedad en el apartado 2 del escrito de fs.3705.

La misma Ministra estuvo, además, por acoger la petición que en subsidio formulara Telefónica Moviles S.A. a fs.3633, en ordena dejar sin efecto la decisión Novena del fallo recurrido, compartiendo la Ministra que disiente lo que se afirma en ese recurso en el sentido que, con dicha decisión, el tribunal excedió el marco de su competencia, pues abarcó una materia que no estaba sometida a su conocimiento, teniendo para ello presente que las sentencias no pueden extenderse a materias que no hayan sido sometidas expresamente a juicio por las partes.

En el presente caso, como se ha dicho, el asunto versó sobre la consulta de una operación de fusión de determinadas empresas, por lo que la sentencia no ha podido dictar una decisión que afecta a otros actores del mismo mercado en que operan las empresas consultantes, particularmente en el presente procedimiento, de naturaleza no contencioso.

Se previene que el Ministro Señor Juica, tiene únicamente en consideración para el rechazo de las reclamaciones que se señalan en el motivo 7º de la sentencia, las siguientes fundamentaciones:

1.- Que la solicitud que regula el N°2 del artículo 17 C del D.L. N°211 y que es de conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se constituye como un procedimiento no contencioso, lo cual importa según el concepto que entrega el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, una cuestión en que no se promueve contienda alguna entre las partes, gestión que según la historia de la modificación legal al indicado cuerpo de leyes, por la Ley N°19.911, que para caso particular se contenían en las letras a) y b) del artículo 8 del texto antiguo, relativo a la competencia entregadas a las fenecidas Comisiones Preventivas Regionales y Central. La redacción definitiva del precepto primeramente citado se acordó finalmente por la Comisión Mixta del Congreso Nacional, frente a las discrepancias producidas en ambas Cámaras, acerca de la necesidad de incluir o no este tipo de materias dentro de la competencia del tribunal aludido (sesión 23 del Senado de 18 de agosto 2.003. Diario de Sesiones pagina 3.806).

Así también lo expusieron los diputados Uriarte, Bustos y Luksic en la sesión N°33 de dicha Cámara de 27 de agosto de 2.003 y aclaró el concepto el Fiscal Nacional Económico Señor Mattar, precisando que esta actividad constituye una materia preventiva, en que se permite conocer, por parte del Fiscal Nacional, o a solicitud de quien tenga interés legítimo, los asuntos no contenciosos que eventualmente pudieren atentar contra la libre competencia. Esto es una posibilidad de seguridad legítima para quienes tengan verdadero interés en consultar al tribunal y no incurrir en una problemática posterior, cuando ya los hechos están consumados. Cita a continuación como ejemplo el exponente, el caso de fusión en el cual: se permite a quien tiene interés legítimo en ella, a consultar antes de que esté terminada, para no incurrir en enormes gastos. Esto es para los contratos que se propongan ejecutar o también para los que se han ejecutado y agrega enseguida: En el caso de los que se pretende ejecutar, naturalmente deberán recurrir los ejecutantes y los que tengan interés legítimo en ello, y cuando se habla de interés legítimo, cualquiera que se vea involucrado por una acción lo tiene. También es útil dejar constancia que en el Senado, frente a una indicación del Senador señor Viera-Gallo para suprimir esta consulta, impropia de un órgano jurisdiccional, se le previno que en todos los países en que existe este tipo de tribunales, cuya función esencial es la resolución de conflictos, también se les encarga absolver ciertas consultas que son de gran importancia para permitir que las empresas u otras

entidades, adopten ciertas decisiones o desistan de adoptarlas, que podrían ser entendidas como contrarias a la libre competencia, como por ejemplo, sucede en algunos casos con la fusión de empresas. No son tribunales cuya competencia sea absolutamente equivalente al resto de los órganos jurisdiccionales, puesto que asumen además esa función preventiva de carácter consultivo, que en la actualidad cumplen las Comisiones Preventivas y se juzga necesario que en el futuro sea ejercida por el tribunal que se crea. Se añadió a continuación en dicho debate, que la mayoría de los señores integrantes de las Comisiones Unidas se manifestaron de acuerdo con dotar de esta atribución al tribunal, que tiene similitud con las declaraciones de mera certeza que efectúan los tribunales ordinarios, las cuales no impiden luego que el mismo órgano resuelva con posterioridad el conflicto que se produzca y se hace la siguiente reflexión: Podría ocurrir que se autorice por ejemplo, una fusión de empresas bajo determinados parámetros que fije el tribunal al momento de absolver la consulta, pero que, posteriormente no se respeten dichas condiciones. En tal caso, el tribunal será plenamente competente para conocer de la controversia que se suscite, no obstante haber efectuado previamente aquel otro pronunciamiento. Se concluye este análisis, considerando las Comisiones de gran utilidad práctica, esta consulta, pues "permitirá tener certeza de la calificación que merezca un determinado hecho, acto o convención que pudiera considerarse atentatorio en contra de la libre competencia;

2.- Que de este modo, el campo de aplicación de la materia que según el N°2 del artículo 17 C del D.L. N°211, debe conocer el tribunal que establece dicha ley, es de decidir asuntos de carácter no contencioso, relacionados con hechos, actos o contratos existentes o que se propongan ejecutar o celebrar, que puedan infringir o atentar contra la libre competencia, con el propósito de revisarlos para constatar la posibilidad de resultar o no dichos hechos, actos o contratos en contravención a las disposiciones de este cuerpo legal. Por lo tanto, la función jurisdiccional en este caso se constituye en una actividad sólo preventiva y cautelar y no resuelve propiamente un conflicto de intereses relevantes entre partes, como podría ocurrir en el caso del N°1 del precepto aludido. Esta distinción evidente conlleva a comprender, que este impropio asunto no contencioso, permite a todo quien tenga interés legítimo o al Fiscal Nacional Económico para solicitar la revisión de todo hecho, acto o contrato verificado o por verificarse, que se presuma pudiera constituir conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia a que se refiere el artículo 3° del D.L. N°211 y, en este examen, en el procedimiento que indica el artículo 18, podrá el tribunal, sin posibilidad de impedir la celebración

futura de un hecho, acto o contrato o de invalidar los ya verificados, fijar ciertas condiciones que podrían ser consideradas remedios jurídicos para evitar la ocurrencia de transgresiones a la normativa de la libre competencia;

3.- Que en este entendido para el ministro que previene, el futuro contrato de fusión, llevado al examen que prevé el artículo 17C N°2 del D.L. N°211, coloca al Tribunal de la Libre Competencia en la función de discernir a cerca del establecimiento de condiciones, en el supuesto de ser éstas procedentes, con miras a corregir de manera preventiva, en el caso del contrato consultado para su celebración posterior, cualquiera situación que se estimara atentatoria a la normativa que esta ley establece;

4.- Que en esta función preventiva cautelar, el tribunal hizo bien en aprobar la consulta efectuada por quien tenía legítimo interés en hacerla, aun previendo que la operación consultada implicaría una mayor concentración en un mercado con claras barreras a la entrada, ya que esta declaración era la única que podía disponer según el claro tenor del artículo 17C N°2 del D.L. N°211, puesto que modificar de manera más gravosa un contrato o poner término a éste, que es lo mismo que no autorizarlo, sólo es posible en la situación de un procedimiento puramente contencioso como se desprende del artículo 17 K de la misma ley. La autorización de la fusión, sin embargo, no inhabilita desde luego al mismo tribunal para disponer las sanciones que contempla éste artículo, ya que el artículo 19 de la expresada ley, previendo esta situación, hace titular de responsabilidad a las empresas fusionadas si con posterioridad y sobre la base de nuevos antecedentes, dicho contrato fuere calificado como contrario a la libre competencia por aquel tribunal;

5.- Que ahora en relación a la aplicación e interpretación del artículo 18 de la ley aludida, que establece el procedimiento para los casos de los N°2 y 3 del artículo 17 C, cabe consignar que esta norma considera dos recursos, el de reposición, de carácter general para impugnar las resoluciones e informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere la primera norma y también el de reclamación, que es procedente respecto de las resoluciones que fijen las condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos. Este último arbitrio, tiene según su tenor literal, un carácter restringido, que sólo es posible entenderlo en beneficio de quien puede ser perjudicado con la imposición de condiciones no previstas por los consultantes y obligatorias en su cumplimiento para dichos interesados y, por consiguiente, no es procedente respecto de otras personas, que

aun reconociéndoles un interés legítimo en la consulta no contenciosa, no tienen sin embargo, titularidad para reclamar por esta vía condiciones que no fueron fijadas y que estiman serían necesarias, porque en este sistema no se admite el advenimiento de aquel contradictor que permita tornar contencioso el negocio; 6.- Que en esta situación, el previniente estima que el recurso de reclamación que contempla el D.L. N°211 no resulta procedente en un procedimiento no contencioso, cuando se pretende por esta impugnación pedir que prohíba la fusión consultada y en cuanto se solicitan condiciones para autorizar la celebración del contrato distintas de las que impuso el tribunal para dicho futuro acto jurídico, puesto que como ya se señaló el ámbito de aplicación de este recurso sólo está referido a la decisión positiva del tribunal de fijar tales condiciones que tengan como finalidad el que deban ser cumplidas en los contratos y, por consecuencia, dicho arbitro no autoriza modificar lo así resuelto, respecto de otras medidas no consideradas por el tribunal.-

Acordada, con el voto en contra del Ministro Señor Juica porque analizando ahora lo reclamado por la consultante TEM y la reclamante Telefónica Móvil de Chile S. A., estuvo por acoger el recurso en cuanto éste se deduce para dejar sin efecto las condiciones 1, 2, 3 y 9 de la resolución en alzada.

En lo que se refiere a la última, por coincidir con el voto disidente de Ministra Señora Morales en esta parte, en cuanto a la extensión indebida que asumió el tribunal de imponer un gravamen a otras personas que no han provocado la actividad del tribunal ni que tampoco fue propuesta por las empresas que se opusieron a la fusión y, porque además, resulta impropio en una decisión jurisdiccional, aun el caso de considerarse una declaración de mera certeza, el proponer una recomendación a un órgano público en orden a disponer ofertas de facilidades para la reventa de planes, la que por su eventualidad no podría generar un mandato que alcance el carácter de condición vinculante a la celebración de un contrato;

Que con respecto a las condiciones 1, 2 y 3, en realidad la que interesa es la primera, ya que las restantes son simples mecanismos para ejecutar la decisión básica, cual es la imposición de transferir ciertas concesiones de propiedad de Telefónica Móvil S.A., transferencia que en realidad no puede constituir una condición para la celebración de un contrato futuro, ya que dicha resolución mira a la esencia del contrato de fusión, el que importando una compraventa se relaciona con el objeto de este acto jurídico y por consecuencia a un elemento esencial de

tal convención, medida que importaría modificar sustancialmente el contrato aludido, lo que sólo es posible obtener en el marco de la reclamación que se regula en los artículos 17 D, 17 E, 17 F, 17 G y 17 H, 17 I, 17 J y 17 K del D. L. 211, y sólo cuando se refiere a la acción prevista en el N°1 del artículo 17 C.

Desde este punto de vista, aparece que las condiciones que autorizan los artículos 17 C y 18 de la misma ley tienen como objetivo un mecanismo de control para evitar la ocurrencia de hechos atentatorios a la libre competencia y, por consiguiente, el tribunal en el procedimiento no contencioso no puede modificar ni dejar sin efecto contratos que se le consultan y menos en el presente caso en que el tribunal ha considerado que la fusión no constituye en si misma un obstáculo para aprobar en principio la operación consultada, a pesar de implicar una mayor concentración en el mercado, con una competencia en un escenario con condiciones asimétricas, incrementando una posición de dominio en el mercado y previendo la posibilidad de una integración vertical no recomendable, ya que para evitar estos peligros son bastantes las condiciones fijadas en los números 4, 5, 6, 7 y 8, las que debieran ejecutarse en lo que resulte compatible con la eliminación de la condición primera, que el disidente no acepta;

Que por otra parte, el voto contrario estima que la condición segunda, luego de ordenar la licitación pública de bienes de propiedad de los consultantes, expresamente y, de manera consecencial, ha impuesto a priori otra condición eventual a posibles adjudicatarios de las concesiones a licitar, cuando éstos pudieran superar frecuencias de espectro radioeléctricos, en un límite que arbitrariamente propone, obligándolos a vender también todo exceso de dicha cifra, con lo cual el tribunal está imponiendo un control indebido en el mercado de la telefonía que no le corresponde y estableciendo reglas de competencia que resultan inconvenientes para el desarrollo en libertad de dicha actividad.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Yurac, y del voto disidente y de la prevención, sus autores.

Rol N°396-2005.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Domingo Yurac, Sr. Milton Juica y Srta. María Antonia Morales; y los Abogados Integrantes Sres. Manuel Daniel y Arnaldo Gorziglia.

Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.