



## RECURSO DE RECLAMACIÓN

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

**CRISTIÁN R. REYES CID**, abogado, por la Requirente, en autos caratulados "**Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y Otros**", **Rol N° C-139-07**, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo establecido en los artículos 27° y 39° letra b) del Decreto Ley N° 211, deduzco Recurso de Reclamación para ante la Excm. Corte Suprema en contra de la Sentencia N°104/2010, que rechazó el requerimiento de fojas 114, de esta Fiscalía, dirigido en contra de las empresas Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante, "**TEM**"), Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (en adelante, "**Entel PCS**") y Claro Chile S.A. (en adelante, "**Claro**"), en conjunto, indistintamente, operadoras móviles establecidas, "**OME**" o "**Requeridas**", conforme a los antecedentes de hecho y de Derecho que paso a exponer:

#### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 14 de agosto de 2007, la Fiscalía Nacional Económica interpuso ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "**H. Tribunal**"), Requerimiento en contra de las operadoras móviles establecidas por haber ejecutado actos contrarios a la libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, consistentes en prácticas exclusorias efectuadas 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**").
2. Los hechos que fundaron el Requerimiento, debidamente acreditados en el autos, consistieron en que las OME ejecutaron prácticas exclusorias creando barreras artificiales de entrada a los OMV que se materializaron principalmente en el ejercicio abusivo de acciones administrativas por las operadoras móviles establecidas, quienes se opusieron simultánea y uniformemente a todas y cada una de las solicitudes de concesión para

- prestar servicio de telefonía móvil, en modalidad de reventa, presentadas por los OMV y, posteriormente, no conforme con ello, durante el proceso de negociación de las condiciones comerciales relacionadas con el uso de las facilidades necesarias para operar mediante infraestructura y medio de las requeridas, éstas se negaron injustificada y sistemáticamente a la celebración de los contratos respectivos.
3. Dichos actos han sido tremendamente exitosos a la luz de los objetivos anticompetitivos de las OME, atendido que efectivamente han tenido por efecto impedir el ingreso de los OMV al mercado de telefonía móvil, quienes hasta el día de hoy, tres años después de haber obtenido sus concesiones, no han podido iniciar sus operaciones.
  4. En atención a las graves conductas descritas, esta Fiscalía solicitó a ese H. Tribunal que declarara y dispusiera que las requeridas han infringido el artículo 3°, letra b) 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 OMV, condenándolas a cada una, al pago de una multa ascendente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, y se les ordenara abstenerse, en el futuro, de ejecutar conductas que tengan por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores. Así también, esta Fiscalía solicitó que, para efectos de que se asegurara el ingreso de los OMV al mercado, ese H. Tribunal les ordenara presentar una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, en base a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.
  5. Con fecha 13 de septiembre último, el H. Tribunal resolvió el asunto sometido a su conocimiento mediante Sentencia N°104/2010, que en este acto se reclama, rechazando en todas sus partes el Requerimiento presentado por esta Fiscalía, en consideración a que, a su juicio, respecto al abuso de actos legales, no era posible concluir que las oposiciones presentadas por las requeridas en contra de las solicitudes de concesión para OMV hayan tenido por objeto inequívoco impedir o entorpecer la libre competencia<sup>1</sup>, atendido que, a su entender, existía una imprecisión regulatoria respecto a este tipo de operadores sin red. Lo dicho, a juicio de esta Fiscalía puede ser, al menos discutible, dado que el artículo 26 de la

---

<sup>1</sup> Considerando Vigésimo Tercero.

Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones, dispone respecto a la existencia de tales operadores, lo siguiente:

*“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”.*

6. En el mismo sentido, ese H. Tribunal ya se había pronunciado respecto a la necesidad de hacer efectivo el ingreso de operadores sin red al mercado de la telefonía móvil, atendida la existencia de barreras a la entrada a dicho mercado –espectro radioeléctrico y elevados costos hundidos- por lo que conociendo de la operación de concentración Bellsouth-Telefónica, dispuso como condición Novena de su Resolución N° 2/2005, que:

*“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”.*

7. No obstante que, a juicio de esta Fiscalía, dichas disposiciones eran claras respecto a la posibilidad de operar como OMV, y más allá de las consideraciones hechas valer por esta Fiscalía respecto a la falta de justificación del ejercicio –abusivo- de acciones administrativas por parte de las OME frente a las solicitudes de concesión de los OMV, esta parte reclamante se centrará en desvirtuar lo que dice relación con el ilícito de la negativa de venta de facilidades de infraestructura esencial para el ingreso de los OMV. Ello, dado que el análisis de la concurrencia de los elementos que configuran la conducta de negativa de venta efectuado por los sentenciadores, es manifiestamente erróneo y omite el análisis de abundante prueba que acredita su concurrencia<sup>2</sup>.
8. Se argumentará, entonces, en torno cuáles fueron las consideraciones que tuvo ese H. Tribunal para rechazar las imputaciones efectuadas a las OME, relativas a que todas ellas, abusando del poder de mercado que detentan en su conjunto, negaron en forma sistemática, la venta de facilidades de infraestructura y medios necesarios para que los OMV pudieran operar como prestadores de servicio de telefonía móvil.

---

<sup>2</sup> En todo caso, esta Fiscalía siempre ha entendido que las oposiciones administrativas a las solicitudes de concesión referidas formaron parte de una misma estrategia anticompetitiva de las requeridas, que tuvo por objeto y efecto restringir, impedir y entorpecer el ingreso de los OMV al mercado de la telefonía móvil.

9. Adicionalmente, esta Fiscalía reclamará la decisión contenida en la Sentencia reclamada en relación a la petición de establecer que las requeridas deben mantener una oferta de facilidades y/o reventa de planes, atendido a que, al parecer del H. Tribunal, las condiciones existentes en el mercado a la época de la conductas imputadas serían distintas a las existentes a la fecha de dictación de la Sentencia, y las que se esperarían a corto plazo, refiriéndose entre otros, al ingreso al mercado de las empresas VTR y NEXTEL, el proceso de implementación de la portabilidad numérica, así como un proyecto de ley que modifica las condiciones de instalación de antenas para servicios de telefonía móvil<sup>3</sup>.
10. Con el rechazo de la medida propuesta por esta Fiscalía, la Sentencia reclamada ha dejado no solo sin sanción la negativa de venta de las facilidades necesarias a los OMV para operar mediante infraestructura y medios de las requeridas, sino que además, ha lapidado con ello la posibilidad de ingreso efectiva de los OMV al mercado de la telefonía móvil.
11. Dicho resultado ha persistido hasta la fecha, pese a la recomendación efectuada por el H. Tribunal ya en su Resolución N° 2/2005 y a las interpretaciones a la normativa sectorial realizadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, "Subtel") mediante Resolución Exenta N° 158, de 24 de febrero de 2006 y, posteriormente, por Resolución Exenta N° 1.667 de 26 de diciembre de 2006 de Subtel, lo que a juicio de ese H. Tribunal en gran parte justificaba el ejercicio de acciones administrativas y judiciales por parte de las requeridas, que retardaron en más de un año la obtención de concesiones por parte de los OMV.
12. Lo anterior resulta de especial importancia, ya que el mismo H. Tribunal ha señalado que el mercado de servicios analógicos y digitales de telefonía móvil es un mercado altamente concentrado, que presenta importantes barreras a la entrada. De hecho, como la misma Sentencia bien señala en su considerando Trigésimo, a la fecha de la Sentencia se han entregado concesiones habilitantes para operar como OMV a 16 empresas y **ninguna de ellas ha logrado llegar a un acuerdo comercial con alguna de las requeridas que efectivamente le permita ingresar al mercado**<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Considerando Trigésimo Segundo.

<sup>4</sup> La Sentencia N° 104/10 en su Considerando Trigésimo señala: "*Que, no obstante lo señalado precedentemente, también ha quedado establecido en autos que, hasta la fecha de esta sentencia, se han entregado concesiones habilitantes para operar como OMV a 16 empresas*

13. En consecuencia, resueltas las supuestas incertidumbre regulatorias y otorgadas las concesiones a los OMV *hace más de tres años*, no se ha materializado el ingreso de dicho operadores, ello justamente porque las requeridas no han querido negociar condiciones comerciales claras y económicamente razonables, por lo que la medida solicitada por esta Fiscalía resulta aun más crucial para *permitir el ingreso efectivo* de las OMV al mercado e incrementar la intensidad competitiva del mismo en el corto plazo.
14. Más necesario resulta aun que la Excm. Corte Suprema disponga una medida en tal sentido, dado que el regulador sectorial en más de 5 años – desde la dictación de la Resolución N° 2/2005- si bien, ha creado todo un marco regulatorio para el funcionamiento de los OMV en el mercado, y éstos lo han cumplido cabalmente, no ha dictado una norma expresa que obligue a los operadores de telefonía móvil a tener disponible una oferta de facilidades para planes de reventa por parte de comercializadores sin red.
15. Por todo lo expuesto, es que esta Fiscalía reclama contra la Sentencia N° 104/2010, con el objeto de que: i) se declare que las requeridas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 al haber abusado de su posición dominante **a través de la negativa injustificada, absoluta y sistemática de venta** de facilidades; ii) se sancione a las requeridas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o la que esta Excm. Corte en justicia determine por la conducta señalada; iii) se decrete que las requeridas han de abstenerse a 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, finalmente, iv) se decrete la obligación por parte de las requeridas de mantener una oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, en base a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, en el plazo que se fije al efecto.

---

*y ninguna de ellas ha logrado llegar a un acuerdo comercial con alguna de las requeridas que efectivamente le permita ingresar al mercado, tal como señalan las propias requeridas. Por tanto, y considerando además las características del mercado relevante descrito, a continuación se analizarán las solicitudes de la FNE y las coadyuvantes destinadas a prevenir posibles conductas de las requeridas que impidan, restrinjan o entorpezcan la entrada al mercado de uno o más OMV;"* (énfasis agregado).

## II. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN

16. La Sentencia reclamada ha establecido un nuevo estándar de exigencia respecto de la conducta de la negativa de venta, que no se condice con nuestra normativa sobre defensa de la libre competencia, ni con la jurisprudencia de los órganos especializados, ni tampoco con los objetivos perseguidos por las normas de orden público económico, esto es, la libertad económica y la protección a los consumidores; en cuanto a exigir "título habilitante" de la víctima de tales abusos, para obtener la tutela de los órganos de la libre competencia.
17. En su Sentencia N° 104/2010, ese H. Tribunal señaló correctamente, a juicio de esta Fiscalía, la existencia de altas barreras a la entrada al mercado de la telefonía móvil, siendo incluso a la fecha del Requerimiento "*virtualmente imposible la entrada de un nuevo operador móvil establecido*"<sup>5</sup>. Asimismo, señaló acertadamente, que aún con la entrada de las OMV las OME mantendrían ventajas de competencia<sup>6</sup>. Y, finalmente, señaló con gran lucidez y claridad que "*estas empresas en conjunto poseían poder de mercado en lo referido al acceso a ese insumo esencial.*"<sup>7</sup> En el mismo sentido ha razonado la Excma. Corte Suprema en los autos sobre reclamación en contra de la Resolución N° 27 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de enero de 2009<sup>8</sup>.
18. Queda de manifiesto de la lectura de dichas consideraciones, que ese H. Tribunal no tuvo dudas respecto a la posición competitivamente ventajosa

---

<sup>5</sup> La Sentencia N° 104/10 en su Considerando Decimosexto señala: "*Que, tal como se argumentó en el requerimiento, la existencia de estas barreras y costos de entrada **harían virtualmente imposible el ingreso de nuevos Operadores Móviles Establecidos (en adelante, OME) a la fecha del requerimiento.** Adicionalmente, según el informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones acompañado a esta causa a fojas 1112, a la fecha de este requerimiento tecnologías alternativas como WIMAX aún no se habían desarrollado lo suficiente como para proveer servicios comparables a los de telefonía móvil a costos razonables, por lo que tampoco a esa fecha se vislumbraba la existencia de sustitutos cercanos;*" (énfasis agregado).

<sup>6</sup> La Sentencia N° 104/10, en su Considerando Decimooctavo señala: "*Que si bien el modelo de OMV podría permitir la entrada de nuevos actores al mercado, los costos de cambio enfrentados por los consumidores aún se mantendrían, **entregando ventajas de competencia a las empresas establecidas,** las que así podrían continuar explotando sus economías de red, más aun si se considera la diferenciación entre tarifas on-net y off-net. Adicionalmente, no debe olvidarse que las requeridas eran –a la época de las conductas imputadas– las únicas que disponían de espectro radioeléctrico destinado al servicio de telefonía móvil. En este contexto, las compañías establecidas podrían tener incentivos para impedir o retrasar el acceso de los OMV a sus redes;*" (énfasis agregado).

<sup>7</sup> La Sentencia N° 104/10 en su Considerando Decimonoveno señala: "*Que, por último, dado que a la fecha de las conductas imputadas, las requeridas eran las únicas empresas que poseían concesiones de espectro radioeléctrico y redes de telefonía móvil, **estas empresas en conjunto poseían poder de mercado en lo referido al acceso a ese insumo esencial;***" (énfasis agregado).

<sup>8</sup> Rol N° 4797-2008.

- de las requeridas, de las altas barreras a la entrada existentes en el mercado, y más importante aún, del evidente poder de mercado que de manera conjunta detentan las requeridas frente al acceso al insumo esencial para prestar servicios de telefonía móvil, como es el espectro radioeléctrico.
19. Pero bien, aun habiendo razonado el H. Tribunal de la forma expuesta, al momento de analizar la conducta anticompetitiva de “negativa de venta”, ese H. Tribunal resolvió que no existiría una negativa de venta por la única - y a nuestro juicio errada- concepción de que las OMV no se encontraban “*habilitadas*” a la fecha de presentación del Requerimiento -14 de agosto de 2007- para prestar el servicio por no contar con el decreto de concesión, habiéndose publicado el primero de éstos el 25 de agosto de 2007<sup>9</sup>.
20. De esta manera, ese H. Tribunal, manifiesta que se incumpliría uno de los tres requisitos que configuran dicha conducta, esto es, que el que requiere contratar facilidades se encuentre *dispuesto y habilitado para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor a otros agentes económicos*, citando como precedentes, su Sentencia N° 64/2008<sup>10</sup> y su Resolución N° 19/2006<sup>11</sup>.
21. Dicho razonamiento al parecer de esta reclamante adolece de varios errores e inconsistencias: Primero, no se requiere ser actual competidor

<sup>9</sup> La Sentencia N° 104/10 en su Considerando Vigésimo séptimo y Vigésimo octavo señala:  
“Vigésimo séptimo”*Que ahora, para el análisis de la segunda conducta imputada, esto es, la supuesta negativa de venta de las facilidades necesarias a los OMV para operar mediante infraestructura y medios de las requeridas, debe tenerse presente que el requerimiento fue presentado el día 14 de agosto de 2007, antes de que se entregara la primera concesión otorgada a un OMV, que corresponde a la de GTD Teleductos, publicada en el Diario Oficial el día 25 de agosto de 2007.*

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

<sup>10</sup> La Sentencia N° 64/2008, en su Considerando Undécimo, señala: “*Que, tal como se estableció en la Resolución N° 19 de 7 de diciembre de 2006, este Tribunal considera que para que se configure una conducta de negativa de venta, o en términos más generales, una negativa a contratar, contrarias a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias:*

(i) *Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;*

(ii) *Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y*

(iii) *Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita.”*

<sup>11</sup> Véase párrafo 32.

para ser víctima de un abuso contemplado en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Segundo, no es necesario contar con “*habilitación*” para que se configure la negativa de venta. Y Tercero, es prescindible contar con el decreto de concesión para que el OMV sea considerado “habilitado” para aceptar y negociar condiciones comerciales sobre las ofertas de facilidades de los OME.

22. Dada la relevancia e importancia de enmendar los criterios allí asentados conforme a Derecho y la convicción de esta Fiscalía de que, en autos, se encuentra suficiente prueba para condenar y sancionar a las requeridas por haber ejecutado actos que tuvieron por efecto impedir el ingreso de los OMV al mercado móvil, es que en cumplimiento de nuestro deber legal de promover y defender la libre competencia, esta Fiscalía hace uso de su derecho de reclamar, analizando detalladamente cada elemento recién expuesto.

**i) No se requiere ser actual competidor para ser sujeto pasivo de las conductas contempladas en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211**

23. En primer lugar, H. Tribunal, se contradice gravemente con su propia jurisprudencia y genera un mal precedente al desconocer principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como es, que en materia de competencia se sanciona el abuso de posición dominante que afecte no solo a competidores actuales sino también a los “potenciales”.

24. Así, en su jurisprudencia reiterada y confirmada recientemente por Sentencia N° 98/2010 “*Demanda Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR B.A.-Chile S.A.*” en el considerando Decimoctavo ese H. Tribunal señaló: “Que, con el objeto de resolver en primer término la excepción de falta de legitimación activa respecto de la Fundación Chile Ciudadano, cabe considerar que, a juicio de este Tribunal, el interés legítimo para accionar en esta sede requiere que quien lo invoca posea la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Así, para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, **ha de participar actual o potencialmente en el mercado** que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan



razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica” (énfasis agregado).

25. Es así, que no puede aceptarse el razonamiento plasmado en la Sentencia impugnada, en el sentido de un potencial competidor no pudiere ser víctima de una conducta anticompetitiva, por no contar con título habilitante. Aquí es preciso consignar, según consta en autos, que los OMV desde el año 2006 iniciaron los trámites ante el órgano administrativo sectorial para solicitar el otorgamiento de concesiones de servicio público de telefonía móvil, por tanto, si bien dicho acto administrativo no estaba totalmente tramitado –como lo exige la Sentencia-, sí se había dado inicio a su generación, lo que da cuenta de una voluntad real y seria de ingresar al mercado y, por tanto, de celebrar actos y contratos que sirvieran a ese fin.

**ii) La “habilitación” no es un elemento del tipo infraccional negativa de venta**

26. Preciso es consignar que el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, no exige tal requisito para considerar abuso de posición dominante en cualquiera de sus expresiones, ni así tampoco lo ha considerado la jurisprudencia existente sobre la materia.
27. Más aún, la jurisprudencia existente en el mercado de las telecomunicaciones históricamente ha debido lidiar con las defensas de los incumbentes que esgrimen como justificación a su actuar abusivo, que las víctimas de tales actos, no contaban con título habilitante. Ante dichas argumentaciones persistentes en este mercado tan dinámico, producto del avance tecnológico y la convergencia de los mercados, ese H. Tribunal así como la Excma. Corte, NUNCA han atendido dichas defensas como eximentes de responsabilidad en el ámbito de la libre competencia.
28. Tal ha sido el caso de la Sentencia N° 45/2005, y últimamente en la Sentencia N° 97/2010 “*Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*” en contra de la cual TEM interpuso recurso de reclamación alegando, entre otras cosas, que Voissnet requería

- una concesión para poder considerar que la demandante era un competidor en el mercado de la telefonía local<sup>12</sup>.
29. Del mismo modo, la Excma. Corte Suprema, en su Sentencia del 7 de julio de 2010 que confirmó la Sentencia N° 88/2009 "*Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.*" Respecto del cargo de negativa de venta, el H. Tribunal tuvo por acreditado que el actuar de TEM dificultó el acceso al insumo esencial para el normal funcionamiento del negocio de OPS, SISTEK y ETCOM, que la reclamante estaba en condiciones de impedir el acceso a dicho insumo atendida la posición de dominio con la que contaba –misma que detenta en estos autos- y que no existían antecedentes de que las demandantes no hubiesen aceptado las condiciones comerciales usualmente exigidas por Telefónica a sus clientes, de modo que se dieron por cumplidas las condiciones para dar por establecido el abuso de posición dominante consistente en la negativa de venta imputada a Telefónica, configurando la infracción del artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211.
30. En tal caso, precisamente una de las principales defensas de TEM fue que las demandantes ejercían una actividad ilícita, entre otros motivos, por no contar con concesión de servicio público de telefonía móvil, argumentación que fue desechada, y que más importante aún no fue considerada por los órganos de jurisdiccionales como un elemento del tipo anticompetitivo negativa de venta, como resultó ser en la Sentencia reclamada.
31. Resulta aún más inconsistente y contradictorio el razonar del H. Tribunal, atendido que, al descartar la existencia de la conducta exclusoria de negativa de venta, citó para fundar dicha decisión, su Sentencia N° 64/2008 y su Resolución N° 19/2006. Referencia que adolece de un grave y evidente

---

<sup>12</sup> Recurso de reclamación interpuesto por TEM en contra de la Sentencia 97/2010 en su páginas 14 y 15 señala: "*Cabe señalar que el H. Tribunal estaba en pleno conocimiento que las primeras concesiones de telefonía de voz sobre internet se otorgaron en el año 2009, si se tiene presente que en este proceso la Fiscalía Nacional Económica, al informar al H. Tribunal con fecha 14 de enero de 2010 en relación con la medida para mejor resolver dispuesta, señalé que para los efectos de proporcionar la información solicitada había "considerado como tales las empresas concesionarias y con concesión en trámite del servicio de voz sobre Internet (VoZIP), según la información pública disponible en el sitio web de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel...)" Así a la época de las demandas de Voissnet no existía el mercado del producto atado o potencialmente más competitivo. Voissnet no podía proveer lícitamente servicios de telefonía como el tribunal cree posible (...). En conclusión, resulta injustificado que el H. Tribunal haya acogido la demanda de una empresa que, a la época en que ocurrieron los hechos, no era competidora de Telefónica Chile en el mercado de la telefonía y que, además, operaba ilegalmente este servicio al no contar con el título habilitante exigido por la Ley General de Telecomunicaciones y que, producto de ello, fue sancionada por el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones".*

error ya que a dichos fallos, inexplicablemente incorpora un nuevo elemento al requisito tercero, ad hoc al caso de la especie, como es, el concepto de “habilitación”, aumentando de manera desmedida, injustificada y contraria a derecho, los requisitos para que se configure una negativa de venta.

32. En efecto, la Resolución N° 19/2006 del H. Tribunal, en su considerando Séptimo, establece:

*“Que respecto de la licitud de dicha negativa de venta, este Tribunal considerará, como lo ha hecho la H. Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 1.016, de 22 de agosto de 1997, que para que se configure una conducta de “negativa de venta” contraria a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias generales:*

- *Que una persona vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica;*
- *Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y,*
- *Que la referida persona esté dispuesta<sup>13</sup> a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita”.*

33. Por su parte la Sentencia N° 64/2008, replica los mismos criterios de la Resolución citada<sup>14</sup>, y al analizar la concurrencia de la tercera condición, dispone en su considerando Decimoquinto que dicha condición -en esos autos- no concurre, dado: *“Que respecto al último de los requisitos señalados precedentemente, no existe evidencia en autos, que permita establecer que MICOM ha cumplido con las condiciones de infraestructura establecidas por ENAP para efectos de inscribirla en su Registro de Clientes”.*

34. De la lectura de dicho considerando, no se desprende la existencia de un requisito adicional de *habilitación*, sino más bien de que las condiciones de infraestructura establecidas por ENAP corresponderían a las condiciones

<sup>13</sup> La Sentencia reclamada agrega “habilitada”.

<sup>14</sup> Véase nota N° 9.

comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, circunstancias que claramente no concurren en el caso de autos, porque justamente las condiciones comerciales a negociar se referían a contar con las facilidades de infraestructura y medios para operar los OMV.

35. Por su parte, la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central y de la H. Comisión Resolutiva, ha sentado los principios generales sobre negativa de venta (V.gr. Dictámenes N° 26, 66, 195, 559, 697, 758, 784, 801, 856, 884, 888 y 907; y Resoluciones N° 68, 109, 115, 120, 128, 151, 155, 246, 299, 304, 326, 342, 345, 378, 392, 409, 428 y 442, respectivamente).
36. Así, el Dictamen N° 1.016, de 22 de agosto de 1997, de la H. Comisión Preventiva Central -al cual hace referencia la Resolución 19/2006- contiene exactamente los mismos tres requisitos<sup>15</sup> y, además, elabora en detalle qué se entiende por *condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes*:

*“Quien fabrique o elabore productos de cualquier naturaleza, o quien preste servicios a terceros, si lo hace mediante un establecimiento abierto al público, está obligado, en principio, a vender o prestar el, servicio a todo aquel que se lo solicite y acepte las condiciones usuales de la oferta.*

*Sólo podrá negarse la venta o la prestación de servicios cuando el productor o prestador establezca condiciones generales, objetivas y razonables para comercializar su producto o servicio, y éstas no fueren aceptadas por el cliente.*

*Son condiciones objetivas las establecidas sin respecto de la calidad o naturaleza de determinada persona, esto es, aquellas que no discriminen*

---

<sup>15</sup> El Dictamen N° 1.016, de 22 de agosto de 1997, de la H. Comisión Preventiva Central, señala: “4(...) La negativa de venta constituye una restricción competitiva en la medida que impida a un agente de mercado acceder libremente, y en igualdad de condiciones con sus competidores, al abastecimiento de bienes o servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad económica.

“Para que se configure este ilícito es preciso que concurren las siguientes circunstancias generales, sin perjuicio de aquellas condiciones particulares propias de cada caso: Que una persona vea substancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica; 1. Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro, y Que la referida persona esté dispuesta a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita”.

*subjetivamente entre dos compradores que se encuentren en pie de igualdad.*

*Son condiciones, generales aquellas aplicables a toda persona que desee comprar o contratar el producto o servicio ofrecido, sin favorecer a uno o varios de ellos en desmedro de los demás.*

*Son condiciones razonables aquellas emanadas de un mandato legal o reglamentario, las impuestas por la propia eficiencia del mercado, o las que determine la calidad o imagen del producto o servicio ofrecido, destinadas a asegurar sistemas de comercialización acordes con el marco jurídico general y con los criterios de racionalidad económica exigidos por cada mercado”.*

37. En mérito de lo expuesto, la condición de contar con la concesión totalmente tramitada, no cumple con ser una *condición razonable* como se señala en el párrafo precedente; ni mucho menos constituye un prerrequisito “*habilitante*” para poder negociar, tal como consta en autos de las mismas declaraciones de los representantes de las requeridas, y como se explicará en mayor detalle en los próximos párrafos.

**iii) ¿Qué se entiende por habilitación?**

38. Respecto al requisito de que las OMV estuviesen *dispuestas* para aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas, el H. Tribunal no hace reparo alguno en la Sentencia objeto de la presente Reclamación, estando por lo demás ampliamente acreditado en autos la intención de las requeridas en la correspondencia entre estas éstas y las OME acompañada en autos (v. gr.: a fojas 265 a 275, 556 a 566, 692 a 696, 766, 767, 818 a 825, 835 a 843, 1764 a 1770, 1975, 2014 a 2016, 2265,4354 a 4369). En dichas comunicaciones consta el interés de las OMV en obtener oferta de facilidades pese a las exigencias impuestas por las OME respecto de la presentación de sus planes de negocios -elementos que no son indispensables para la oferta de facilidades-. Por las consideraciones mencionadas, no resulta necesario analizar en mayor profundidad la *disposición* de las OMV.
39. Ahora, al analizar el requisito ponderado por ese H. Tribunal como necesario para la contratación de facilidades a la fecha de la presentación del Requerimiento como es la *habilitación* que, aunque no se reclama de la

- Sentencia en cuanto a la conducta de abuso de actos administrativos, es importante recordar, al menos en el contexto de la valoración de la aptitud o habilitación de las OMV, que las OME se opusieron simultánea y sistemáticamente a todas y cada una de las solicitudes de otorgamiento de concesiones, mediante sus oposiciones, atendido lo cual el proceso administrativo se retardó en más de un año por hechos, al menos, no imputables a los OMV, lo que consignó el propio Tribunal en su fallo<sup>16</sup>.
40. Por lo demás, la Sentencia cita e interpreta equívocamente la Resolución Exenta N° 1667 de Subtel, como fundamento normativo de la exigencia de contar con un título habilitante, ello dado que la misma norma dispone expresamente que la concesión es indispensable para **“la explotación del servicio”**, y no como lo pretende la Sentencia, para negociar con los OME. Es más dicha norma no es una novedad ni fija un estatuto jurídico especial para los OMV, sino que viene en reiterar lo dispuesto en los artículo 8°, 13° y 26° de la Ley de N° 18.168, que establecen que para prestar el servicio público de telefonía se requiere concesión que la autorice.
41. Más aun, hay que considerar que los respectivos decretos que otorgaron las concesiones para operar a los OMV, contenían una limitación expresa en cuanto al momento en que éstos podían iniciar la prestación de los servicios de telefonía móvil, y dicha condición era justamente que al momento de que Subtel recibiera las obras para autorizar el inicio de los servicios, los OMV debían *“exhibir los contratos convenidos con las concesionarias”*, relacionado con el arrendamiento de facilidades, que les permitiera contar con la infraestructura y medios necesarios para proveer las necesidades de telecomunicaciones de los usuarios que se los solicitaren.
42. Por lo tanto, resulta aún más razonable que los OMV, aun sin contar con un decreto totalmente tramitado, tuvieran los incentivos y la voluntad real y

---

<sup>16</sup> La Sentencia N° 104/10, en su Considerando Vigésimo sexto, señala: *“Que, a mayor abundamiento y de acuerdo a la información proporcionada por SUBTEL a fojas 4561, resulta manifiesto que no es atribuible a las requeridas el retraso de siete meses o más entre la dictación de la Res. Ex. N° 1667, en diciembre de 2006 y las resoluciones que rechazaron las oposiciones deducidas por las requeridas –dictadas a partir de junio de 2007- o, con posterioridad, respecto de la dictación de los Decretos de concesión –a partir de julio del mismo año- que habilitaron a las solicitantes a operar como OMV. Por el contrario, y de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 15 de la LGT, la interposición de oposiciones a una solicitud de concesión no debió haber retrasado la dictación de los decretos concesionales en más de 100 días (estableciendo un máximo de 10 días para que el interesado evacúe el traslado a la oposición, 60 días para que SUBTEL emita su informe, y 30 días para la resolución del Ministro)”*.

seria para lograr acuerdos comerciales lo antes posible con las OME para poder operar efectivamente en el mercado y no quedarse con un mero papel que le autorice realizar una actividad económica que finalmente conste un derecho que no puede ejercer.

43. Lo cierto, y tal como consta en autos, es que no resulta necesario ser titular de una concesión para negociar la oferta de facilidades sino que pasa únicamente por la existencia de un convenio entre éstos y los operadores establecidos, en base a las condiciones técnicas y comerciales negociables. Lo anterior ha sido declarado en autos **por los representantes de las mismas requeridas**:
44. Consta en la declaración prestada ante esta Fiscalía por el Sr. Hernán Marió Lores, gerente general de Entel PCS, acompañada en autos a fojas 1808 y sgtes. A la pregunta N° 35 de la Fiscalía Nacional Económica, “¿O sea, Usted no ve ningún impedimento técnico y/o legal para la existencia de los operadores móviles virtuales?”, el declarante indicó: “*Por la parte técnica, comercial y legal, no hay ningún problema para ser OMV. Simplemente se requiere del acuerdo de las partes, ni siquiera los OMV requieren concesión*” (énfasis agregado; a fojas 1265 del expediente acompañado por la Fiscalía Nacional Económica).
45. En la absolución de posiciones de Sr. Ricardo Gebauer Tocornal, gerente legal y regulatorio de Claro, de fojas 1838 y sgtes., a la pregunta N° 17 de la Fiscalía Nacional Económica “*Para que señale el absolvente si es efectivo que sólo una vez suscrito un convenio entre su representada y un Operador Móvil Virtual se podría otorgar una concesión a dichos operadores*”: responde “*no es efectivo*”. (a fojas 1838). A la pregunta N° 33 de la Fiscalía Nacional Económica “*Para que señale el absolvente si es posible que su representada acuerde facilidades o negocios con un OMV que no cuenta con concesión*”, el Sr. Gebauer contesta: “*Mi representada no tiene un rechazo a priori y todo va a depender de las negociaciones que tenga con dicho operador y el plan de negocio que le presente dicho operador.*” (Énfasis agregado; a fojas 1839).
46. Por su parte, en la absolución de posiciones de Sr. Olivier Alexander Flögel, gerente general de TEM a fojas 2113 y sgtes., a la pregunta N° 12 de la Fiscalía Nacional Económica “*Para que señale el absolvente si sus representadas exigen al OMV que desee contratar que cuente con una*

*concesión”, contesta: “Lo que necesitamos es que cumpla con las reglas establecidas por la Subtel y tenga un proyecto comercial que tenga sentido a largo plazo” (a fojas 2114). A la pregunta N° 13 de la Fiscalía “Para que diga el absolvente si es efectivo que sus representadas entienden que los Operadores Móviles Virtuales es un negocio y que, como tal queda sujeto a un acuerdo entre las partes”, contesta “es efectivo”. A la pregunta N° 15 de la Fiscalía “Para que señale el absolvente si es efectivo que solo una vez suscrito un convenio entre sus representadas y un Operador Móvil Virtual se podría otorgar una concesión a dichos operadores”, el Sr. Flögel contesta: “Es un tema técnico que desde el punto de vista de negocio no tiene la mayor relevancia, no sé si la concesión se pide antes o después del acuerdo, lo importante es que para que haya acuerdo haya dos partes interesadas en una relación de largo plazo” (Énfasis agregado).*

47. Los dichos citados no hacen más que reproducir la naturaleza de este negocio, donde típicamente, para obtener acceso a la red, el dueño de la misma y titular de la concesión del espectro radioeléctrico -incumbente- y el operador virtual entrante, negocian, dependiendo del modelo de negocio, sobre diferentes variables, como el precio de originación y terminación de tráfico, los elementos de la red del operador establecido que el entrante alquilará, la capacidad esperada de uso o tráfico medio del entrante, entre otras.
48. Aunque los pagos pueden perfectamente fluir en los dos sentidos, generalmente es el OMV quien paga por el derecho a emplear una cierta cantidad de minutos o capacidad de la red del operador establecido. Pero el OMV entrante puede también ser compensado por el incumbente, si éste atrae nuevos consumidores a la red, si incrementa el tráfico total de la red o si hace uso de la red de manera más homogénea durante el día, permitiendo mayor eficiencia en el uso de la misma.
49. Ambas partes pueden negociar acuerdos mutuamente beneficiosos. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del acuerdo firmado entre Telsur y Movistar, relativo a la oferta de servicios móviles<sup>17</sup>. En el caso de Telsur, su

---

<sup>17</sup> En virtud de este Acuerdo, Telsur operará en su área tradicional, ofreciendo servicios móviles provistos por Movistar. Por su parte, Movistar podrá acceder a la fibra óptica que posee Telsur. Sin embargo, el acuerdo no responde cabalmente a la definición más tradicional de Operadores Móviles Virtuales, pues para Movistar, Telsur tiene más características de un socio estratégico en lugar de un revendedor de minutos. De otro modo, Movistar hubiese brindado acceso a otras muchas compañías que lo han solicitado ya por varios años en condiciones más tradicionales,



OMV “*Blue Two Chile S.A.*” no va a estar operativo sino al menos en aproximadamente 3 años más<sup>18</sup>; por tanto, en la práctica, no estaría operando como OMV **sino 5 años después de su anuncio.**

### III. LA CONDUCTA NEGATIVA DE VENTA SE ENCUENTRA PLENAMENTE ACREDITADA EN AUTOS

50. Efectivamente, se cumplen los tres requisitos fundamentales para configurar la conducta de negativa de venta: respecto del primer requisito, las OMV se ven impedidas de actuar en el mercado, toda vez que -tal como lo señala el H. Tribunal en la misma Sentencia N° 104/10- el espectro radioeléctrico resulta ser un insumo esencial para la provisión del servicio público de telefonía móvil, al cual les ha sido imposible acceder en circunstancias comerciales normales.
51. En relación al segundo requisito, atendida la negativa de venta por parte de todas las requeridas, actualmente no existen condiciones competitivas para acceder a ese insumo. Como es sabido, cada operador tiene poder de mercado debido a su condición monopólica en el servicio de terminación de llamadas de sus respectivas redes; por lo cual un OMV debe necesariamente obtener oferta de facilidades de los incumbentes, de modo de hacer efectiva las comunicaciones entre suscriptores de diferentes compañías, la necesidad de acceder a una o varias va a depender del modelo de negocios del OMV.
52. Respecto al tercer requisito, ha quedado acreditado en autos, en las cartas acompañadas a ese H Tribunal de la Libre Competencia la clara disposición de las requeridas de recibir oferta de facilidades, no siendo procedente incorporar un nuevo requisito de habilitación, tal y como se desarrolló.
53. La negativa de venta por parte de las requeridas ha sido acreditada en autos: Así consta de las declaraciones de testigos que hasta la fecha de su declaración no se había otorgado acceso. Del tenor de las declaraciones se desprende que no existió una oferta concreta si no **solamente respuestas vagas y evasivas:**

---

pago por reventa de minutos. Fuente: Diario La Segunda, 17 de Noviembre de 2008, disponible en: [http://www.lasegunda.com/ediciononline/ciencia\\_tecnologia/detalle/index.asp?idnoticia=447534](http://www.lasegunda.com/ediciononline/ciencia_tecnologia/detalle/index.asp?idnoticia=447534)

<sup>18</sup> Así consta en el Decreto Exento N° 535 de 14 de junio de 2010 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones publicado en el Diario Oficial el 3 de agosto de 2010, el donde se autoriza a la concesionaria para modificar los plazos de Inicio y Término de Obras autorizados mediante Decreto Supremo N° 744 de 2008 (30 meses luego de la publicación en el Diario Oficial).

- a. El testigo Sr. Felipe Alfonso Irrázaval Ovalle, gerente general de Compañía Chilena de Navegación interoceánica (CCNI), y principal socio de la empresa Finvest Limitada, a fojas 1041 bis y sgtes.; declaró: *“en mi caso puntual, recibí respuestas similares por parte de los operadores que contacté para funcionar como OMV, pero sin ninguna oferta concreta”* (Fojas 1041 bis 4).
  - b. El Sr. Rodrigo González Riedelman, socio fundador de Chile.com y principal accionista de CTR Cía. Telefónica Rural, a fojas 1779 bis y sgtes. expresó: *“yo no he participado directamente de las conversaciones que mi empresa ha tenido con las compañías móviles pero sí puedo decir que en un inicio cuando solicitamos la licencia las compañías móviles se opusieron en la Subtel y por otro lado a pesar de las buenas relaciones que tenemos hoy día con las móviles nuestro gerente de desarrollo que lidera estas relaciones no ha logrado recibir una propuesta de las compañías móviles para poder empezar a prestar servicios relacionados con los celulares como son las llamadas, los sms. Si quiero mencionar, que entiendo que con la empresa que ha habido más apertura y disposición para buscar un acuerdo ha sido Entel PCS”* (Fojas 1779 bis 9).
54. Así también consta de la declaración del testigo Sr. Manuel Araya Arroyo, gerente de regulación y proyectos de Entel PCS, que, a la fecha de su declaración, de fojas 1981 y sgtes., la empresa Entel PCS no había llegado a acuerdo con ningún OMV. A la pregunta N° 10 de la Fiscalía Nacional Económica: *“Para que declara el testigo si ha llegado a acuerdo con algún omv y señale cuál”*, expresó: *“A esta fecha aun no”* (Fojas 1985).
55. Consta, además, en la absolución de posiciones del Sr. Gerardo Muñoz Lozano, gerente general de Claro, de fojas 1872 y sgtes. a las preguntas N° 41 de Netline *“Para que diga el absolvente si dispone de oferta de facilidades para operadores móviles virtuales”* y N° 42 *“Para que, en la afirmativa, precise el absolvente a qué empresas le ha efectuado oferta de facilidades”*, responde: *“No se ha otorgado oferta de facilidades, lo que conté es que estamos en conversaciones con esta empresa para ver potenciales oportunidades de negocios conjuntos. (...)”* (Fojas 1888).

56. En síntesis, se cumplen todos los requisitos, para que -en la especie- la negativa de venta constituya un acto restrictivo a la libre competencia.
57. Adicionalmente, hay que considerar que **las requeridas, en su conjunto**, como lo reconoció el H. Tribunal en la Sentencia reclamada, **mantiene una posición dominante de las facilidades necesarias para originar y terminar llamadas en el servicio de telefonía móvil**; por cuanto poseen todo el espectro radioeléctrico actualmente en uso para la prestación de dicho servicio y, aun sin necesariamente existir entre ellas vínculos estructurales o de otro tipo, operan en un mercado cuya estructura favorece un actuar colectivo o conjunto.

#### IV. NECESIDAD DE ORDENAR A LAS REQUERIDAS REALIZAR UNA OFERTA Y/O REVENTADE FACILIDADES

58. Sin embargo, la cuestión relevante es la siguiente: ¿debería estar dispuesto el incumbente a negociar de manera voluntaria acuerdos con el OMV, dado que los servicios provistos por este último compiten con los proporcionados por el incumbente a sus clientes en el mercado detallista?
59. En ese sentido, es necesario destacar dos elementos que son parte integrante de la Sentencia reclamada.
60. Primero, el propio H. Tribunal reconoce las adversas condiciones para el ingreso a este mercado resumidas en su considerando decimoquinto<sup>19</sup>. De hecho el H. Tribunal refuerza la idea anterior señalando: *“Que, tal como se argumentó en el requerimiento, la existencia de estas barreras y costos de entrada harían virtualmente imposible el ingreso de nuevos Operadores Móviles Establecidos (en adelante, OME) a la fecha del requerimiento (...)”*.

---

<sup>19</sup> Sentencia N° 104/10, considerando Decimoquinto: *“Que una vez caracterizado el mercado, corresponde analizar las condiciones de entrada al mismo. Éstas fueron analizadas extensamente por estos sentenciadores en la Resolución 27/2008, y son, en resumen: (i) la necesidad de contar con espectro radioeléctrico, insumo esencial al cual –a la época de las conductas imputadas– sólo tenían acceso las requeridas; (ii) la necesidad de realizar fuertes inversiones específicas en infraestructura (antenas, equipamiento, estaciones de radio), las que dependerán del ancho de banda del que cada compañía disponga y de la tecnología que decida utilizar; (iii) la disponibilidad de terrenos aptos para la instalación de antenas, insumo que podría hacer más difícil la entrada de un nuevo competidor, dada la escasez de terrenos aptos para ello en zonas densamente pobladas, o por los efectos ambientales y urbanísticos que se asocian a su presencia; y (iv) los costos de cambio enfrentados por el consumidor medio, a saber: bloqueo de terminales, contratos por períodos prolongados, cobros por término anticipado de contrato, la discriminación de precios entre llamadas dentro de la misma red (on-net) y hacia otra red (off-net); y sobre todo, la imposibilidad de mantener el número telefónico al cambiarse de compañía”*.

61. Segundo, el H. Tribunal -en cierta medida- reconoce lo planteado por esta Fiscalía en su escrito de observaciones a la prueba, en cuanto a que *“las requeridas, en su conjunto, mantienen una posición dominante de las facilidades necesarias para originar y terminar llamadas en el servicio de telefonía móvil”*; puesto que *“eran las únicas empresas que poseían concesiones de espectro radioeléctrico y redes de telefonía móvil, estas empresas en conjunto poseían poder de mercado en lo referido al acceso a ese insumo esencial”*.
62. A juicio del H. Tribunal, considerando las condiciones actuales del sector, no se justificaría ordenar a las requeridas realizar una oferta y/o reventa de facilidades por cuanto los operadores establecidos no tendrían incentivos a erigir barreras estratégicas a la entrada de los Operadores Móviles Virtuales. Agrega ese H. Tribunal que es público conocimiento que durante el año 2008 se asignaron dos bloques de frecuencias de espectro radioeléctrico para servicios de comunicación móvil avanzada, a las empresas VTR y Nextel.
63. Sin embargo, tal como se ha acreditado a lo largo del proceso, desde el inicio del proceso, **16** empresas han obtenido concesiones para la prestación de servicio público de telefonía móvil –en varios casos hace más de tres años- y, a la fecha, ninguna ha alcanzado siquiera un acuerdo comercial con las requeridas<sup>20</sup>; pues, la negativa injustificada, absoluta y sistemática de prestar servicios de oferta de facilidades –insumo esencial- para la reventa de planes telefonía móvil ha sido la práctica recurrente y exitosa de los operadores establecidos a fin de evitar o retrasar el ingreso de nuevos competidores.
64. Desde la perspectiva del cierre de mercado, la principal interrogante es si una integración vertical puede incrementar los beneficios cerrando el mercado a sus rivales aguas abajo, pero como en el caso de la telefonía móvil, el incumbente tiene el derecho de explotar un insumo esencial y necesario para proveer el servicio en el mercado aguas abajo, éste tiene incentivos y capacidad de restringir el acceso a esa facilidad, con el fin de eliminar la competencia en el mercado final ,tal como viene ocurriendo.

<sup>20</sup> Sentencia N° 104/10, considerando Trigésimo. *“Que, no obstante lo señalado precedentemente, también ha quedado establecido en autos que, hasta la fecha de esta sentencia, se han entregado concesiones habilitantes para operar como OMV a 16 empresas y ninguna de ellas ha logrado llegar a un acuerdo comercial con alguna de las requeridas que efectivamente le permita ingresar al mercado, tal como señalan las propias requeridas”*.

65. Dado que el mercado de telefonía móvil presenta una estructura oligopólica, se esperaría que los incumbentes brinden acceso a sus redes, por los siguientes motivos: (i) negar el acceso no garantiza que el OMV no logre acceder mediante contrato con otro operador móvil; (ii) un operador que entrega acceso a un OMV comparte con el resto de los operadores la pérdida de beneficios provocada por la entrada del OMV; (iii) Si la entrada no puede ser bloqueada, entonces, es probable que para cada operador establecido, unilateralmente, sea mejor ser el único que brinde acceso al (los) entrante(s), permitiéndole obtener ingresos parciales que compensen aunque sea en parte las pérdidas asociadas a la entrada del nuevo OMV. Es decir, los incumbentes, en un contexto competitivo, podrían enfrentar un *dilema del prisionero* (Brito & Pereira, 2008), en que cada uno de ellos estaría mejor si la entrada no ocurre, pero si ésta no puede ser evitada, bloquear la entrada no debiese ser una solución estable, pues cada operador tiene incentivos a desviarse de una estrategia de bloqueo.
66. Este fue uno de los argumentos que esta Fiscalía expuso ante ese H. Tribunal, el cual, sumado a las barreras a la entrada que presenta esta industria y al poder de mercado que colectivamente ostentan las requeridas, permiten entender el recurrente **comportamiento estratégico** de bloqueo a la entrada mediante la negativa de venta u oferta de facilidades.
67. En efecto, bajo las condiciones descritas, y aún sin la necesidad de existir un acuerdo entre los operadores establecidos, es dable esperar un comportamiento de este tipo, pues en definitiva, existe un interés común de impedir la entrada de OMV puesto que un incremento de la competencia en el mercado minorista de móviles llevaría los precios a la baja con la consiguiente reducción de los beneficios para todos los OME.
68. El proceder de las requeridas es consistente con el comportamiento de un mercado oligopólico, altamente concentrado en que los actores mantienen una posición dominante conjunta<sup>21</sup> o, como lo califica el propio H. Tribunal,

<sup>21</sup> En tal sentido, la Corte Europea de Justicia (en adelante ECJ) ha señalado que: *"La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resultan de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate"*. Asuntos C-395/96 y C-396/96 *Compagnie Maritime Belge NV v Commission* [2000] 4 CMLR 1076. disponible en español en <http://curia.europa.eu>.

empresas que en conjunto poseen poder de mercado en lo referido al acceso a un insumo esencial, a saber: el espectro radioeléctrico.

69. Pese a lo claro de este argumento, el cual fue desarrollado en el escrito de observaciones a la prueba presentado en autos, el H. Tribunal lo interpretó de una forma que esta Fiscalía no comparte, si se tiene en consideración la condición oligopólica de la industria y el poder de mercado que conjuntamente las requeridas mantienen sobre un insumo que resulta ser esencial para prestar el servicio de telefonía móvil.
70. En efecto, el H. Tribunal, en su considerando Trigésimo primero consideró que los OME no tenían incentivos a erigir barreras estratégicas a la entrada por cuanto tendrían incentivos individuales a brindar acceso a sus redes y de esta forma compartir las pérdidas derivadas de menores precios producto de una mayor competencia por el ingreso de un nuevo operador sin considerar el poder de mercado conjunto que sobre este insumo esencial tienen las requeridas, ni la condición oligopólica del mercado que él propio H. Tribunal había señalado; dando así la interpretación inversa a la argumentada por esta Fiscalía.

---

Del mismo modo la Comisión Europea ha señalado: "*Para que la posición colectiva dominante exista bajo el artículo 82, dos o más empresas deben, desde un punto de vista económico, presentar o actuar conjuntamente en un mercado relevante como una entidad colectiva. No se requiere que las empresas implicadas adopten una conducta idéntica en el mercado en todos los aspectos, lo que importa es que puedan adoptar una política común en el mercado y actuar, hasta cierto punto, de manera independiente de los competidores, clientes y consumidores.* Traducción libre de: "*For collective dominance to exist under Article 82, two or more undertakings must from an economic point of view present themselves or act together on a particular market as a collective entity. It is not required that the undertakings concerned adopt identical conduct on the market in every respect. What matters is that they are able to adopt a common policy on the market and act to a considerable extent independently of their competitors, their customers, and also of consumers.*" DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Comisión Europea. Diciembre de 2005, disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

El concepto más amplio de posición dominante colectiva fue introducido en derecho Comunitario en *Flat Glass* Asuntos T-68/789, T- 77/89, Asunto T- 78/89 *Societa Italiano Vetro SPA, Fabrica Pisana SPA and PPG Vernante Pennitalia SPA v Commission* [1992] ECR II- 1403; y se fue desarrollando varios años más tarde por la ECJ en los Asuntos C-393/92 *Almelo* [1994] ECR I-1477 en el cual se señaló "*para que aquella posición dominante exista las empresas deben estar relacionadas de manera de adoptar la misma conducta en el mercado*" Traducción libre de: "*In order for such a collective dominant position to exist, the undertakings must be linked in such a way that they adopt the same conduct on the market.*"

El mismo concepto se siguió aplicando en los fallos subsiguientes C-96/94 *Centro Servizi Spediporto* [1995] ECR -I-2883; C-140/94, C-141/94, C-142/94 *DIP v Comune di Bassano del Grappa* [1995] ECR I-3257; T-24/93, T-25/93, T-28/93 *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Dfra-Lines A/S, Deutsche Afrika Linien GmbH & Co and Nedlloyd Lijnen -BV v Commission* [1996] ECR II-1210.

Asuntos C-140-142/94, *DIP SpA v Commune di Bassano del Grappa*, [1995] ECR I-3257, [1996] 4 CMLR 157, párrafos 25-6. donde la ECJ volvió a reafirmar que para encontrar esa posición de dominio las partes necesitaban estar unidas, de manera tal que adoptasen la misma conducta en el mercado. Todos disponibles en <http://curia.europa.eu>.

71. Cabe destacar que la estrategia de bloqueo a la entrada no es un hecho aislado en este mercado. Por el contrario, ha sido el proceder reiterado de una de las requeridas. En efecto, es oportuno poner en antecedente a la Excm. Corte Suprema que, pese a las reiteradas recomendaciones de los órganos de competencia respecto de la desagregación de redes<sup>22</sup>, históricamente, las compañías que conforman el grupo Movistar han desplegado una serie de acciones destinadas a evitar el ingreso de nuevos operadores al mercado de telecomunicaciones especialmente aquellos operadores llamados de nicho<sup>23</sup> -como los OMV- y, esta situación, es la que está nuevamente sucediendo en el presente caso<sup>24</sup>. Estas reiteradas acciones les han valido excluir o retrasar por varios años la entrada de nuevos competidores en diversos negocios del mercado de telecomunicaciones limitando la intensidad competitiva que introduciría un nuevo actor en la industria.
72. Por último, queda señalar a ese H. Tribunal que el ingreso de VTR o Nextel no se espera ocurra sino hasta el segundo semestre del año entrante o a fines del mismo; en circunstancias que la entrada de un operador virtual podría materializarse en un plazo mucho menor. Y, de ocurrir la entrada, no se prevé que esta situación cambie radicalmente por cuanto son redes que aún no se encuentran desplegadas e inicialmente estas empresas centrarán

<sup>22</sup> Resoluciones N° 515, N° 611 y N° 686 de la extinta Comisión Resolutiva y Resoluciones N° 1/2004, N° 2/2005 y, recientemente, en el Informe N°2/2009 de ese H. Tribunal.

<sup>23</sup> *Sentencia N° 45/2006*, "Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC", donde el Tribunal previno respecto de la autotutela desarrollada por CTC en contra de los proveedores de telefonía IP.

*Sentencia N° 88/2009*, "Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.", donde el H. Tribunal consignó: "Nonagésimo cuarto: "...es posible concluir que TMCH estranguló los márgenes de las demandantes, con quienes compite en el mercado "aguas abajo", mediante una estrategia de discriminación arbitraria de precios.

"Nonagésimo quinto: "...el estrangulamiento de márgenes se produce cuando una empresa integrada verticalmente utiliza el poder de mercado que posee en el mercado "aguas arriba" para estrangular los márgenes de sus competidores en el mercado "aguas abajo", con el objeto o efecto de excluirlos".

"Centésimo: "...En efecto, tal como los datos analizados precedentemente ilustran, TMCH las dejó sin márgenes, con el objeto o efecto de excluirlas del mercado;

*Sentencia N° 97/2010*: "Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.", donde el H. Tribunal señaló: "Sexagésimo tercero: Que, en conclusión, las conductas de venta atada de la demandada han tendido, por un lado, a inhibir el ingreso o excluir a competidores en telefonía que no ofrecen o no tienen poder de mercado en el servicio de banda ancha -como Voissnet- (...)".

"Septuagésimo séptimo: Que, entonces, TCH no sólo es reincidente porque ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia previstas en el Decreto Ley N° 211, sino que, además, es contumaz, porque ha vuelto a incurrir en conductas que excluyen y levantan barreras de entrada respecto de los proveedores de telefonía IP, que son los mismos afectados por su primitiva infracción. En efecto, infringiendo abiertamente lo resuelto en el N° 11) de la mencionada Sentencia N°45/2006, TCH incurrió nuevamente en hechos, actos o convenciones que obstaculizan injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha".

<sup>24</sup> Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros (Rol C N° 139-07).

sus esfuerzos en cubrir la demanda que puedan generar y para en una etapa posterior rentabilizar sus redes con otros emprendimientos.

73. Adicionalmente, una vez que se ha ingresado al mercado, existe un período de tiempo no menor para que un nuevo participante pueda llegar a constituirse en un competidor relevante y lograr un impacto significativo en el mercado, lo cual se ve exacerbado en un mercado que presenta importantes limitantes o costos de cambio para el consumidor como la no portabilidad numérica, contratos por periodos prolongados, bloqueo de equipos terminales, discriminación de precios según origen/destino de la llamada (*tarifas on-net/off-net*), etc.
74. De este modo, el retraso del ingreso de nuevos operadores producto de la negativa injustificada de oferta de facilidades podría llegar a extenderse fácilmente a los cuatro años o más permitiendo a las requeridas continuar obteniendo rentas sobre normales<sup>25</sup>, por a lo menos un año más, producto de la menor intensidad competitiva.
75. Por estos motivos y atendidas las importantes barreras a la entrada, dadas fundamentalmente por la no disponibilidad de espectro radioeléctrico - insumo esencial para la prestación de este tipo de servicio-, esta Fiscalía considera necesario, como una medida para introducir mayor competencia al mercado de telefonía móvil, ordenar a las requeridas realizar una oferta y/o reventa de facilidades que contenga condiciones comerciales razonables.
76. En una situación particularmente similar, con fecha 31 de enero de 2006, la Comisión Europea autorizó y respaldó la medida propuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) de España, en cuanto a introducir de manera efectivamente a los operadores móviles virtuales al mercado. Tras la decisión, la CMT anunció que en breve impondría a Telefónica Móviles, Vodafone y Amena, *“las correspondientes obligaciones para atender las solicitudes razonables por parte de los operadores de telecomunicaciones”* que quieran utilizar su red. *“Y es que los OMV, como tales, ya se encontraban regulados desde hacía cuatro años, pero no*

---

<sup>25</sup> La diferencia entre las tarifas de llamadas *on-net/off-net* son una muestra de las rentas sobrenormales que obtienen, lo cual podría ser en parte mitigado por OMV que ingresen al mercado adquiriendo a precios mayoristas capacidad de uso en la red o miles de minutos para revender a planes sin efectuar discriminación *on-net/off-net* de acuerdo al origen de las llamadas.



*habían podido salir al mercado ante la negativa de los operadores establecidos a prestarles su red*<sup>26</sup>.

*“La Comisión Europea ha respaldado hoy una medida propuesta por el regulador español de las telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones (CMT) para regular el mercado móvil de acceso y originación de llamadas en España, pidiendo al regulador español que siga estrechamente la evolución del mercado. El resultado de esta medida es que los denominados Operadores Móviles Virtuales (OMV) tendrán acceso a las redes de los operadores españoles de redes móviles: Telefónica, Vodafone y Amena (...) La experiencia en otros Estados miembros ha mostrado que la entrada de OMV puede aumentar la competencia con efectos tangibles para los consumidores en términos de precios más baratos (...) La decisión de la CMT permitirá aumentar la competencia en el mercado móvil español y beneficiará a 40 millones de consumidores en España”, señaló la Comisaría de Competencia Neelie Kroes*<sup>27</sup>.

77. Por los motivos expuestos, esta Fiscalía recurre a la Excma. Corte Suprema, a fin que se ordene a las requeridas realizar una oferta y/o reventa mínima de facilidades; esto con único objeto de prevenir posibles conductas de las requeridas que impidan, restrinjan, entorpezcan y retrasen el ingreso de nuevos competidores al mercado.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:** Tener por interpuesto, para ante la Excma. Corte Suprema, el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Alto Tribunal, con el fin que enmiende conforme a Derecho la Sentencia N°104, de 13 de septiembre de 2010, declarando en su reemplazo que ha lugar al requerimiento de fojas 114, en lo que dice relación con la negativa de venta de facilidades para el ingreso de los OMV, condenando a las empresas TEM, Entel PCS y Claro al pago de la multa señalada en el libelo de esta Fiscalía, o lo que a Excma. Corte se sirva fijar, con expresa condena en costas; y se ordene a las requeridas presentar una oferta de

<sup>26</sup> Artículo de prensa del periódico español El País, 01 de febrero de 2006. [http://www.elpais.com/articulo/economia/Comision/Europea/autoriza/Espana/companias/ofrecen/tel-efonia/movil/disponer/red/propia/elpepieco/20060201elpepieco\\_2/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/Comision/Europea/autoriza/Espana/companias/ofrecen/tel-efonia/movil/disponer/red/propia/elpepieco/20060201elpepieco_2/Tes)

<sup>27</sup> Comunicado de prensa N° IP/06/97 de 31 de enero de 2006 disponible en : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/97&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

REPUBLICA DE CHILE  
FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA  
AGUSTINAS 853 PISO 12  
SANTIAGO

facilidades y/o reventa de planes para OMV, en base a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, en el plazo que se fije al efecto.

