



EN LO PRINCIPAL: Informa.

EN EL OTROSÍ: Personería.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, en los autos Rol C N° 179-08, caratulados **“Demanda de Netland CHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”**, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto por ese H. Tribunal mediante resolución de fecha 27 de enero de 2009, vengo en evacuar informe, en los términos siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de noviembre de 2008 Netland Chile S.A. formuló demanda, ante ese H. Tribunal, en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) y el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDT), por supuesta infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas que restringirían y entorpecerían la libre competencia, sin perjuicio que, adicionalmente, hayan configurado prácticas predatorias y de competencia desleal.
2. Lo anterior tendría lugar en el marco del concurso público denominado “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su Respectivo Subsidio Correspondiente al Programa Anual de Proyectos Subsidiables del Año 2008 del Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones”, efectuado por Subtel. Dicho programa contemplaría subsidios a empresas, destinados a la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del Servicio Público de Transmisión de Datos en diversas localidades del país.

3. El demandante funda su acusación en que el diseño de las Bases impondría una barrera a la entrada a pequeños operadores; y agrega, que los subsidios otorgados en localidades en que existe al menos un operador proveyendo servicios, propiciarían prácticas predatorias y de competencia desleal.
4. Por otro lado, alega que, en determinadas localidades, las condiciones de mercado no califican para la utilización del Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones (FDT), siendo por tanto ilegal su aplicación.
5. Concluye solicitando se deje sin efecto el concurso y se permita realizar uno nuevo, contemplando únicamente zonas que carezcan de cobertura de proveedores del servicio.
6. Netland Chile S.A. provee servicios de acceso a Internet mediante una tecnología inalámbrica en las Provincias de Maipo, Talagante y Melipilla.
7. A fojas 243, ese H. Tribunal tuvo por interpuesta la demanda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, como en derecho estimó procedente, autoridad que, en su contestación solicitó el rechazo del libelo, en virtud de lo siguiente:
 - (i) Respecto de las barreras a la entrada, sostiene que la versión refundida y definitiva de las Bases (modificadas tras consulta de los interesados) fue publicada en el sitio web de Subtel, previo a la presentación de la demanda, incorporando además un Anexo N° 15, que habría aclarado las alternativas de postulación; con lo cual todas las propuestas, ya sea Nacionales, Zonales o Regionales, han de ser consideradas en el concurso.
 - (ii) En materia de predación, advierte que la explotación de los servicios concursados no es una actividad comercial entregada a ese Ministerio, ni a una empresa estatal, por lo que no sería posible sostener la existencia de tal conducta en la especie. Acto seguido, agrega que, desde la perspectiva económica, es necesaria la comparación entre los precios imputados como predatorios con los costos medios totales y medios variables de provisión de un determinado bien o servicio.

- (iii) Finalmente, señala que la legalidad o ilegalidad de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) no es materia a determinar en sede de Competencia, y hace presente que, actualmente, se estaría ejerciendo jurisdicción para resolver respecto de esa legalidad en la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso Rol N° 9.799-2008. (Luz Linares S.A. y Luz Parral S.A. en contra de de la Subsecretaría de Telecomunicaciones).

II. LA INDUSTRIA

8. El acceso a Internet por banda ancha se refiere a “la transmisión de datos en las que se envían simultáneamente varias piezas de información, con el objeto de incrementar la velocidad de transmisión efectiva”¹. La conexión a Internet por banda ancha conlleva, además, características como conexión permanente (*always on*) y velocidades de subida y bajada superiores a 128 Kbps. Sin embargo, la velocidad mínima de transmisión de datos a Internet para que sea considerada una conexión de banda ancha, difiere según países e instituciones. A modo de ejemplo, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) la define como aquella mayor a la de la red digital de servicios integrados (RDSI) a 1,5 o 2 Mbps. Los países de la OCDE, en cambio, definen la conexión de banda ancha como aquella igual o superior a 512 Kbps (subida y bajada), y la agencia reguladora de Estados Unidos (FCC) como aquella que iguala o supera los 200 kbps (subida y bajada).
9. En Chile, el servicio de conexión a Internet por banda ancha se realiza por varias empresas ISP (*Internet Service Provider*), en distintas zonas del país. Las participaciones de mercado de dichas empresas, a junio de 2007, se detallan en el siguiente cuadro.

¹ Sentencia N° 45, de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

**Participación de Mercado a Nivel Nacional del
 Servicio de Acceso a Internet
 (Por número de conexiones)**

Empresas	Participación de Mercado a Junio de 2007
VTR BANDA ANCHA S.A.	40,271
Terra Networks Chile S.A.	28,782
TIE	12,766
TELSUR	6,873
ENTEL	4,198
GTD Manquehue S.A.	2,306
CMET	1,301
Telmex Servicios Empresariales S.A.	0,779
TUTOPIA	0,559
CTR	0,354
IFX NETWORKS CHILE S.A.	0,296
GTD Internet S.A.	0,242
Cybercenter S.A.	0,219
TELMEX S.A.	0,182
Comunicaciones Netglobalis S.A.	0,167
GlobalCom S.A.	0,105
FULLCOM S.A.	0,099
Netline Telecomunicaciones Chile S.A.	0,085
IIAA Ingeniería e Informática Asociada Ltda.	0,064
TELMEX CHILE LONG DISTANCE S.A.	0,055
Latlink Net S.A.	0,048
RTC	0,038
CHILE.COM S.A.	0,036
Servicios de Ingeniería...	0,360
Impsat Chile S.A.	0,022
LUZPARRAL S.A.	0,020
LUZLINARES S.A.	0,019
Telmex Chile Internet S.A.	0,016
TELMEX CHILE NETWORKS S.A.	0,009
E-money	0,006
Servicios Internet Ltda.	0,004
UUNets Internacional Chile Limitada	0,004
TOTAL	100,000

FUENTE: Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel)

10. Para la transmisión de datos, se utilizan redes que pueden ser pares de cobre telefónico, coaxiales, inalámbrico o fibra óptica. Varios ISP no tienen inversiones en redes. Esto es debido a que el tipo de desagregación que se ha empleado es el de reventa, en donde la incumbente (empresa con inversión en redes) aporta toda la

infraestructura requerida. Es el caso de Telefónica CTC Chile, en que varios proveedores de Banda Ancha usan su red (por ejemplo, Netline y Global Com), usando todos los insumos de CTC, que presentan mayores economías de escala. Los costos de este tipo de ISP están relacionados con el proceso de facturación, servidores para la prestación de servicios de correo electrónico y páginas web, así como la provisión del enlace internacional desde algún punto de la red de CTC (o VTR, en el caso de cable coaxial).

11. Bajo otro tipo de desagregación², los ISP sólo emplean la infraestructura de la "última milla" de la red del incumbente, que es el segmento que presenta las mayores economías de escala. La entrante (empresa sin redes) provee el resto de los elementos físicos necesarios para dar el servicio de banda ancha, desde el equipamiento de conexión del usuario, la unidad de tráfico de señales (DSLAM) y el transporte de señales, hasta el enlace internacional con la red de Internet. Entre el caso de reventa y el de última milla, existen otras desagregaciones intermedias, como la línea compartida o el *Bitstream*.
12. En el caso de proveedores de acceso a Internet que utilizan tecnologías inalámbricas, que les permiten acceder a clientes más alejados de las urbes (como WILL, de Entel o Netland), su estructura de costos difiere de la de los ISP que sólo realizan reventas. En este caso, los ISP se conectan desde algún Nodo terminal de alguna de las redes incumbentes, desde donde despliegan antenas que permitan transmitir de forma inalámbrica los datos de sus clientes finales. Los costos relevantes para este tipo de empresas incluyen las tarifas de conexión a algún carrier (CTC, Entel, GTD o Telmex), la facturación, provisión del enlace internacional y los servicios post-venta asociados al mantenimiento de antenas y otros insumos de la red inalámbrica. Adicionalmente, deben invertir en desplegar las antenas y equipos necesarios para transmitir de forma inalámbrica.
13. Finalmente, algunas de las empresas incumbentes (con propiedad de redes) ofrecen conectividad de banda ancha a usuarios finales urbanos y/o rurales, integrando tanto procesos que se ofrecen en condiciones

² Conocido como *de última milla*.

competitivas (comercialización del acceso como cualquier otro ISP), como aquellos que presentan mayores economías de escala (transmisión de datos a través de las redes).

14. La distribución geográfica de las conexiones de Internet en Chile, es también bastante asimétrica. A diciembre de 2007, el 77,9% de las líneas de acceso dedicado a Internet estaba en la Región Metropolitana, principalmente concentrado en las zonas más urbanas de Santiago³. Lo anterior se debe a las economías de densidad asociadas a inversiones en redes de transmisión de datos, así como a las condiciones de demanda por este tipo de servicios (menor interés, comunas con bajos ingresos, etc.).
15. La baja penetración de Internet en este tipo de zonas es lo que motivó la creación del Proyecto Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su respectivo subsidio. De acuerdo a las Bases de dicho proyecto, la "iniciativa beneficiará a más de 1.400 localidades en todo el territorio nacional, en las que habitan más de 3 millones de habitantes"⁴.
16. Finalmente, es importante tener en cuenta algunas consideraciones temporales en esta industria. El servicio de acceso a Internet por Banda Ancha es una industria muy dinámica, debido al rápido avance e implementación de nuevas tecnologías para la transmisión de datos (Wimax, 3G, etc.), las cuales inciden directamente en las condiciones de competencia de la misma. De acuerdo a declaraciones de Netland, un análisis de largo plazo en esta industria no es mayor a 4 años⁵. Entonces, puesto que una intervención pública inevitablemente cambia los incentivos en un determinado mercado, es imprescindible considerar los aspectos dinámicos de esta industria, con el fin de determinar si las ayudas estarían o no generando distorsiones en la competencia.

³ "Barómetro Cisco de Banda Ancha Chile 2005-2010", IDC

⁴ Cap. 1, Título 1, Artículo 1 de las Bases Específicas Concurso Público para la Asignación del Proyecto Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su respectivo Subsidio, Correspondiente al Programa Anual de Proyectos Subsidiarios del Año 2008 del Fondo de Desarrollo de Telecomunicaciones.

⁵ Declaración ante la Fiscalía Nacional Económica de don Francisco Márquez Astorga, Gerente Comercial y de Proyectos de Netland Chile: "Hoy, el problema sería que la tecnología 3G se satura rápidamente, con 10 clientes ya se generan problemas de congestión. Esto se va a solucionar en el futuro, pero en el largo plazo, es decir, 4 o 5 años. En este negocio, los plazos son muy cortos, la tecnología avanza muy rápido, por lo que 4 años son un plazo largo." 6 de Febrero de 2009.

III. MERCADO RELEVANTE

17. La Fiscalía Nacional Económica considera que el mercado relevante es el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.⁶

Mercado del Producto

18. El mercado del producto, en la especie, es el acceso a Internet con Banda Ancha para personas naturales y jurídicas, de derecho público o privado.
19. Si bien varias empresas ofrecen otros servicios complementarios⁷, como Telefonía IP, video vigilancia, web hosting y correo electrónico, dichos servicios se ofrecen de forma competitiva y, aunque varios utilizan el acceso a Internet del cliente, tienen distintas presiones competitivas a las de dicho acceso. En efecto, éste juega el rol de una “plataforma” desde la cual el cliente puede acceder a otros servicios contratables, tanto por la empresa que da el acceso como por un gran número de empresas que ofrecen estos servicios. Luego, aunque podrían considerarse mercados relacionados, hay argumentos suficientes para argumentar que las necesidades del consumidor representativo consisten en el envío y recepción de datos para la “navegación” por Internet y el uso de otras aplicaciones “online”.
20. En la oferta de acceso a Internet con Banda Ancha, las variables de competencia de las empresas son: precio mensual por tipo de plan (en velocidad de subida/bajada, medidas en Kbps), calidad del acceso (medido en tasa de agregación, estabilidad de la red, garantía de velocidad mínima de descarga, etc.)⁸, calidad del servicio post-venta y otros servicios complementarios.
21. La importancia de cada una de estas variables dependerá de las necesidades de cada cliente y estará sujeta al tipo de tecnología

⁶ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, octubre 2006. www.fne.gob.cl.

⁷ En general, estas empresas se conocen como ASP (Application Service Provider)

⁸ De acuerdo a un estudio realizado por Motorola, la velocidad es la prioridad para elegir un plan por un usuario (58% lo cita como la razón para suscribir un determinado plan), seguido por la calidad medida como estabilidad de la red y tasa de agregación (17%), y finalmente el precio (9%).
Fuente: “The Business Benefits of Deep Fiber”, Motorola, Mayo de 2007.

disponible para proveer el servicio. Por ejemplo, es razonable pensar que para el acceso a Internet de una escuela o una municipalidad, donde el mayor uso de la Red se produce siempre a las mismas horas, la tasa de agregación debería ser una variable más importante que los servicios complementarios (incluso que la velocidad contratada). Al contratar un plan de 1 Mbps pero con una tasa de agregación mayor (por ejemplo, de 1:10), dado que todos los usuarios se conectan al mismo tiempo, hay una mayor probabilidad de navegar a la velocidad mínima garantizada, obteniendo en la mayor parte del tiempo velocidades de 100 Kbps. Si, por el contrario, la misma escuela decide bajar la velocidad a 400 Kbps pero con una tasa de agregación de 1:1, estos mismos usuarios tienen una mayor probabilidad de navegar por Internet a 400 Kbps⁹. El caso es al revés si se consideran usuarios que utilizan banda ancha en horarios de baja congestión (usuarios residenciales) y que preferirían favorecer la velocidad sobre tasa de agregación.

22. Los contratos para proveer acceso de Banda Ancha a Internet pueden ser para un usuario determinado o para varios usuarios dentro de un área determinada (empresa, municipalidad, escuela, etc.). Los precios y condiciones dependerán del número de usuarios, así como de los otros atributos del producto (velocidad, agregación, etc.). Actualmente, en zonas rurales con presencia de algún oferente de conexión a Internet por banda ancha (como Netland), se ofrecen conexiones a 400 Kpbs, con tasa de agregación de 1:1, a precios aproximados de \$ 38.000 mensuales (más instalación, que se paga una sola vez). Por ejemplo, los precios de conexión con tecnología 3G para Notebook ofrecidos por la empresa Claro (Telmex), son los siguientes:

⁹ Es importante señalar que la velocidad no sólo depende de la tasa de agregación, ya que es posible que exista congestión en otros puntos de la red, como por ejemplo el enlace internacional.

Nombre del Plan	Precio	Tráfico Incluido	Límite de Velocidad	Cargo de Activación
INTERNET ILIMITADO 1 GB (*)	\$ 14.900	Ilimitado	1 GB de volumen transferido (upload y download)	310.900
INTERNET ILIMITADO 2 GB (*)	\$ 19.900	Ilimitado	2 GB de volumen transferido (upload y download)	290.900
INTERNET ILIMITADO 3 GB (*)	\$ 24.900	Ilimitado	3 GB de volumen transferido (upload y download)	283.900

(*) Tráfico ilimitado con restricción de velocidad según plan contratado. El cliente al alcanzar el límite de navegación se le reducirá su velocidad automáticamente a 256 kbps.
 (Información disponible en la página web de Claro al 3 de Marzo de 2009:
http://www.clarochile.cl/banda_ancha/netbook.php)

23. Por otro lado, parece razonable que la transparencia sobre la tecnología empleada para ofrecer el acceso a Internet sea un factor importante de competencia. En efecto, el tipo de tecnología utilizada para el acceso (ADSL, fibra óptica, Wimax, 3G, etc.) da una señal importante al cliente sobre la calidad esperada de su conexión a Internet. Prueba de ello es que las empresas informan al público sobre qué tipo de tecnología están utilizando para la provisión de este servicio.
24. Dado lo anterior, no puede considerarse que un determinado acceso a Internet es de Banda Ancha observando solamente la velocidad y omitiendo la tasa de agregación. Una conexión que ofrezca 1 Mbps de velocidad pero con una tasa de agregación de 1:10, no necesariamente domina a una de 600 kbps con tasa de agregación de 1:1. En consecuencia, una comparación razonable entre distintos accesos debiera tener en cuenta un vector de atributos, entre los que destacan la velocidad, tecnología y la tasa de agregación.

Mercado Geográfico

25. Respecto al mercado geográfico, existen distintas restricciones que limitan el área sobre la cual se ofrece el servicio de acceso a Internet con banda ancha. En las grandes ciudades, este servicio es ofrecido por empresas que tienen inversiones previas en redes (coaxial, pares de cobre), así como ISP entrantes. Puesto que varias de las redes han sido inversiones

hundidas (para TV cable o telefonía fija) y dada la densidad de población en las grandes ciudades, la utilización de estas redes para ofrecer servicios de conexión por banda ancha a Internet genera economías de densidad dentro de los perímetros urbanos. Es por ello que el actuar de determinadas empresas se limita exclusivamente a estos perímetros.

26. Por otro lado, en zonas rurales no existían estas inversiones previas¹⁰, por lo que, según la viabilidad económica, el servicio de acceso a Internet se presta con modalidades inalámbricas, o simplemente no es ofrecido por ninguna empresa. El Concurso Público para la Infraestructura Digital de Subtel al que hace mención la demandante, limita su área de influencia de subsidios principalmente a este tipo de zonas.
27. Respecto al alcance geográfico de las inversiones que realizan empresas que ofrecen conexión a Internet en zonas rurales, debido a la topografía de tipo montañoso que caracteriza gran parte de Chile, la escasa densidad poblacional (de la cual un número reducido tiene una disposición a pagar considerable por estos servicios) y las limitaciones de alcance de las antenas repetidoras, cada repetidor tiene un número limitado de posibles clientes.
28. A modo de ejemplo, la Estación de Netland Chile con más clientes (Yerbas Buenas), suma en total 211 clientes residenciales y 104 empresas. Es un número reducido, si se compara con los clientes de una empresa en zonas de alta densidad urbana, que puede fácilmente acceder al centenar de clientes residenciales en un sólo edificio.
29. Respecto a cómo se hace el enlace entre estos clientes, el acceso a Internet es entregado por un tercero (enlace internacional), mediante algún enlace de fibra óptica, par de cobre o cable coaxial (en el caso de Netland, se contrata la fibra óptica de GTD). Una vez entregada la fibra óptica, se interconecta con *switches* y *routers*, a través de los cuales se conectan equipos inalámbricos (estaciones y repetidores). De este modo, cada zona “cubierta” por conectividad inalámbrica es independiente de otras.

¹⁰ Si bien en localidades existía el servicio de telefonía fija, éste se prestaba con estaciones de microondas o Wimax, por lo que no puede considerarse una inversión previa en redes de par de cobre.

30. Es importante señalar que para la transmisión inalámbrica de datos, se utilizan las frecuencias públicas (2,4 GHz y 5,8 GHz), las cuales, de producirse superposición de otro prestador de acceso en estas mismas frecuencias, dejarían de funcionar de forma óptima. Estas frecuencias no son elegidas por el ISP, sino que son las frecuencias estándar de fabricación de este tipo de estaciones y repetidores¹¹. Ello genera un problema de interferencias que imposibilita, en el corto plazo, la competencia por una determinada zona utilizando la misma tecnología.
31. Sin embargo, este problema de competencia debiera tender a desaparecer a medida que otras redes, como la 3G o Wimax, vayan mejorando su calidad de servicio para convertirse en competidores efectivos. Al respecto, cabe indicar que no queda establecido en las Bases del Concurso para la Infraestructura Digital que la empresa que se adjudique el proyecto no vaya a prestar sus servicios usando la misma frecuencia pública –con inversiones subsidiadas- en las zonas donde ya habría una empresa ofreciendo un servicio similar.
32. Luego, tanto por el lado de la oferta como de la demanda, podemos delimitar el mercado geográfico de acceso a Internet en zonas rurales a zonas delimitadas por el alcance que tiene una estación inalámbrica en un área determinada. Esta área puede ampliarse por repetidores, aunque siempre con un alcance limitado. Dicha delimitación geográfica impide que puedan considerarse como un mismo mercado zonas tan alejadas como, por ejemplo, Aysén o la Región Metropolitana.
33. En definitiva, el mercado relevante, en el caso en cuestión, corresponde a la provisión de acceso a Internet Banda Ancha para personas naturales o jurídicas en cada una de las zonas definidas por el concurso Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación.

¹¹ Declaración ante la Fiscalía Nacional Económica de don Francisco Márquez Astorga, Gerente Comercial y de Proyectos de Netland Chile: "Netland no puede trasladarse a otras bandas, porque ello implicará alterar su estructura de costos, y además porque no hay frecuencias de uso compartido no licenciadas. Además hay una relación directa entre fabricante y frecuencia, y no hay fabricantes para otra nueva frecuencia." 6 de Febrero de 2009.

Condiciones de Acceso al Mercado

Barreras a la Entrada

34. Dada la limitación del mercado relevante al acceso a Internet en una zona rural geográfica determinada, se debe analizar la presencia de barreras de entrada en el mismo. Puesto que la tecnología óptima para este mercado resulta de la interacción de oferta y demanda, es importante señalar las limitaciones de ésta en el corto plazo.
35. El aspecto más destacable que limita la entrada de competidores en el mercado analizado se relaciona con las interferencias que se producen en el espectro radioeléctrico cuando dos empresas ofrecen el servicio en un mismo ámbito geográfico. Si bien las tecnologías Wimax y 3G utilizan otros espectros (no públicos), el espectro radioeléctrico de 2,4/5,8 GHz presenta condiciones de saturación cuando dos estaciones o repetidores compiten en un mercado determinado.

Comportamiento Estratégico

36. Puesto que, para cada mercado geográfico, la tecnología de acceso empleada utiliza un espectro radioeléctrico público, existe un espacio para posibles comportamientos estratégicos por parte de empresas que quisieran boicotear a la competidora en mercados donde tenga clientes sensibles a la calidad del servicio. Ejemplo de ello es instalar antenas con el fin de sabotear a la competencia, generando interferencias que modifiquen la calidad óptima de la señal emitida. Lo anterior limita la entrada eficiente con la misma tecnología a una sola empresa.

Tiempo y Suficiencia de Entrada

37. En relación al tiempo y suficiencia de entrada, el problema principal radica en los montos que se deben invertir si se desea utilizar una determinada tecnología. Parece poco razonable que en la última milla la inversión sea una ampliación del par de cobre (ADSL) o cable coaxial (HFC), por los altos montos de inversión requeridos considerando densidades de población tan bajas. Respecto a tecnologías inalámbricas, en el corto plazo, es poco probable que sea una tecnología Wimax la que dé la

solución de acceso, debido a su escaso desarrollo y a que se trata también de una tecnología cara. Las tecnologías 3G aún necesitan un mayor despliegue de antenas, por lo que no parece razonable que compitan en el corto plazo. Esto lleva a que la tecnología más probable de ser implementada en estas zonas sea la tecnología Wi-fi (con los inconvenientes de una escasa cobertura y calidad de señal), o que se utilice el mismo espectro público 2,4/5,8 GHz.

38. Puesto que no hay una estipulación clara en las Bases del concurso materia de autos acerca del tipo de tecnología a emplear por parte de la empresa que se adjudique el proyecto, es imposible determinar si dicho concurso disminuirá las barreras de entrada a estos mercados. Existe, por el contrario, un riesgo de que el fondo subsidie a una empresa para que preste los mismos servicios que las ya establecidas (con posibilidad de producirse el comportamiento estratégico antes mencionado), de forma tal que las actuales barreras de entrada permanezcan intactas.
39. En cuanto a la posibilidad que el precio considerado por la Autoridad Sectorial tenga el carácter predatorio, es necesario mencionar las conclusiones del reporte de precios predatorios de la International Competition Network (ICN)¹², que señalan que no hay una única medida de costos utilizada por las agencias de competencia, y frecuentemente se utiliza más de una. La más utilizada es el costo variable medio¹³, aunque recientemente ha habido una tendencia a utilizar los costos medios evitables¹⁴. En términos generales, todas las agencias de competencia utilizan o han utilizado la medida de costo variable medio.

¹² Informe elaborado en base a información entregada por agencias de 34 jurisdicciones, y presentado en abril de 2008. Para un mayor detalle véase Report on Predatory Pricing, International Competition Network, presentado en la séptima Conferencia Anual de la ICN, Kyoto, Abril de 2008. Disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/FINALPredatoryPricingPDF.pdf

¹³ Definido como el costo variable total dividido por el número de unidades producidas.

¹⁴ El costo medio evitable consiste en los costos que pueden ser evitados por no producir un número dado de unidades dividido por el número de esas unidades. Estos costos incluyen:

- i) Costos variables como trabajadores, materiales, energía, prestaciones promocionales, etc.;
- ii) Costos no hundidos, costos fijos de productos específicos ("costos cuasi fijos"); y
- iii) Costos Hundidos y fijos incrementales asociados a ventas generadas por la firma durante el período en que la política de precios es realizada.

40. Dicha información fue consultada a Subtel y a la propia empresa Netland respecto de sus costos actuales de provisión. Sólo con la información recopilada de Netland¹⁵, es posible suponer que el valor considerado por la Autoridad Sectorial cubre los costos medios variables de provisión del servicio, pero no cubre los costos medios totales de la operación y tampoco cubriría posibles inversiones incrementales de la empresa en sus planes de expansión a otros sectores¹⁶. De esta forma, sólo cubriendo los costos variables, el Concurso Público de Subtel podría eliminar la inversión actual realizada en dichas zonas y bloquear la entrada de nuevos competidores al mercado geográfico anteriormente definido.

IV. SOBRE LOS SUBSIDIOS PARA EL ACCESO A INTERNET

41. En Europa, los subsidios para el acceso a la banda ancha son materia de profundo análisis por parte de la Comisión Europea. En particular, las intervenciones públicas en esta materia plantean diversas preguntas sobre si las condiciones bajo las cuales se financian las redes, van o no en detrimento de las reglas sobre ayudas de la Comunidad Europea¹⁷. Los fundamentos económicos para este tipo de intervenciones tienen que ver con aspectos redistributivos (la llamada *brecha digital*) y, en menor medida, con generar externalidades productivas derivadas de innovaciones, cuya plataforma estaría en las nuevas tecnologías digitales¹⁸.
42. Para el análisis de este tipo de intervenciones, la Comisión Europea definió tres tipos de áreas: **Área Blanca** (zonas rurales escasamente pobladas sin servicios de banda ancha, o en que sólo servicios de alto costo, como satelitales, podrían ser ofrecidos), **Área Gris** (donde son ofrecidos servicios básicos de Banda Ancha) y **Área Negra** (donde

¹⁵ A la fecha, se encuentra pendiente la respuesta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

¹⁶ Esta medida podría ser considerada como un proxy del costo incremental medio de largo plazo de la empresa Netland.

¹⁷ Información detallada en "State aid rules and public funding of broadband", Monica Hencksey, Olivia Reymond, Alexander Riedl, Sandro Santamato y Jan Gerrit Westerhof, **Competition Policy Newsletter**, Spring 2005.

¹⁸ Este es un argumento sobre el cual no corresponde pronunciarse a la Fiscalía en la especie. Sin embargo, no existen a la fecha estudios que muestren este tipo de externalidades, a excepción de correlaciones entre ingreso y penetración de Internet, lo que no significa que exista una causalidad.

existen servicios de Banda Ancha de al menos dos infraestructuras competitivas –ejemplo: TV Cable y telefonía fija)¹⁹.

43. En aquellas áreas definidas como blancas, la intervención estatal no ha sido considerada nociva para la competencia, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones de proporcionalidad. En zonas grises, se requiere un mayor análisis casuístico por parte de la Comisión. En las denominadas áreas negras, la justificación para una intervención estatal es generalmente dudosa, pues existe un gran riesgo de que dicha intervención pueda eliminar inversión actual y potencial del sector privado (*crowding out*).
44. En relación a las áreas grises, en que la Comisión autorizó las ayudas de los Estados miembros para proveer acceso de banda ancha, los gobiernos, como el de Grecia, identificaron con claridad aquellas localidades más retrasadas en términos de conectividad por Banda Ancha²⁰.
45. Respecto al otorgamiento de subsidios para banda ancha, destacable es lo resuelto por la Comisión Europea para el caso de Irlanda, con ocasión de un subsidio para la construcción de “*open carrier*” como proveedor mayorista infraestructura (anillos de fibra óptica), con el objeto de permitir el suministro de alta velocidad para servicios de comunicaciones electrónicas para operadores en ciudades de ese país, donde este tipo de infraestructuras neutrales mayoristas no estaba disponible. La Comisión rechazó que se tratara de infraestructura general, así como de un servicio de interés económico general (SGEI), al constatar que los servicios ya eran provistos por otros operadores, aunque no fuera bajo las condiciones deseadas por el gobierno irlandés²¹. Y señaló “*Accordingly, phases II and III of the MANs programme can potentially distort competition by competing with existing private infrastructures or by discouraging future private investment in similar facilities. The absence of distortion of*

¹⁹ “Public funding for broadband networks –recent developments”, Lambros Paradias, Alexander Riedl, Jan Gerrit Westerhof, **Competition Policy Newsletter**, Spring 2006.

²⁰ Case N201/2006 “Broadband in unserved territories of Greece” of 4.7.2006

²¹ Case N284/2005 “Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Network (“MANs”), phases II and III” – (IRL) of 8.3.2006

*competition is not an inherent feature of this type of facilities, but rather has to be verified on a case by case basis.*²²

46. Dados los antecedentes, en nuestro país, parece poco justificable -desde un punto de vista de competencia- que se asigne un subsidio a la oferta a un posible competidor para que provea de acceso a Internet en zonas donde ya existe un oferente de servicios similares, sin consideraciones de "open carrier" y con una fijación de precio de venta final (y no de precio por acceso a una red) muy inferior a los valores a los que se comercializa la banda ancha en las grandes ciudades -áreas negras- de Chile.
47. Asimismo, no parece razonable que el concurso establezca un subsidio único a nivel nacional, atendida la disparidad en las condiciones actuales de acceso a Internet por banda ancha que tiene cada una de las 1.440 zonas que contempla el proyecto de infraestructura digital. La dinámica del mercado ha sido tal, que ciertos grupos zonales han ido desarrollando su infraestructura de acceso a Internet de forma independiente a otros grupos, lo cual no aparece reflejado en la estructura de subsidios de las Bases.
48. Por otro lado, la posibilidad permitida en las Bases de comercializar acceso de banda ancha fuera de las zonas con tarifa regulada (zonas de servicio) utilizando infraestructura que ha sido subsidiada, otorgaría una ventaja a la adjudicataria de estos subsidios frente a potenciales entrantes (3G o expansiones de empresas que ya ofrecen acceso de banda ancha para Internet).

V. ANÁLISIS AL TENOR DEL PUNTO DE PRUEBA FIJADOS POR EL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

49. En el proceso, ese H. Tribunal ha establecido como hecho substancial, pertinente y controvertido, el siguiente: *Estructura y características del o de los mercados potencialmente afectados.*
50. A partir de lo expuesto en los párrafos 18 y siguientes, cabe ratificar que - en la especie- los subsidios afectan al mercado de servicios de conexión a

²² Id. 17

Internet por banda ancha en zonas rurales en las que ya hay una empresa ofreciendo el servicio; por cuanto:

- a. Las Bases favorecen a empresas con cobertura nacional, o grupo de empresas asociadas, con el consecuente poder de negociación asimétrico entre incumbentes con redes y empresas que sólo ofrecen Internet en una zona rural, utilizando al efecto parte de la infraestructura de la incumbente. De este modo, los subsidios, tal y como están contemplados en las señaladas Bases, distorsionan las actuales condiciones de competencia y generan en el corto plazo un efecto *crowding-out*, paralizando la realización de inversiones por parte de empresas que ya están ofreciendo estos servicios en las localidades concursadas y que podrían buscar expandirse a nuevas zonas.
 - b. Por otra parte, del análisis de los antecedentes disponibles²³, no aparecen a primera vista razones de eficiencia, esto es, economías de escala y densidad, que justifiquen privilegiar las ofertas con cobertura nacional. Y,
 - c. Por otra parte, dichas Bases, al regular solamente la tarifa de venta final (y no una de acceso a la red), no exigir la utilización de una tecnología distinta a la ya existente -de modo de evitar que se duplique la frecuencia pública que ya está siendo utilizada-, y subsidiar directamente la oferta a nivel nacional (y no la demanda o la construcción de infraestructuras abiertas), generan incentivos poco adecuados para la inversión en acceso de banda ancha para Internet.
51. Por otro lado, la fijación de un precio de venta final considerablemente inferior a los precios de banda ancha para Internet “desnuda”²⁴, unida a la existencia de tarifas de reventa libres, si bien podría generar ganancias de bienestar en el corto plazo al reducir la brecha digital, distorsiona gravemente las condiciones de competencia para los ISP potenciales (reventa), los actuales oferentes de este tipo de servicios y podría desincentivar inversiones en tecnologías próximamente sustitutas (como 3G).

²³ Como se señaló, Subtel a la fecha no había informado a esta Fiscalía sobre las razones de eficiencia que tendría para privilegiar las ofertas con cobertura nacional.

²⁴ Considera solamente el servicio de conexión a Internet por banda ancha, eliminando otros servicios como “triple pack”, “dual pack”, etc.

52. Tal como se expuso, las Bases del concurso no exigen que se ofrezca un servicio de conexión de banda ancha que estrictamente domine al actual, es decir, que sea superior tecnológicamente a ésta, puesto que las tasas de agregación del concurso permiten una velocidad de conexión considerablemente menor en horas de congestión a la que se ofrece actualmente. Dada la tarifa a la cual se deberá comercializar el servicio una vez otorgado el subsidio, muy inferior al costo medio de las empresas que actualmente ofrecen conexión, estas últimas podrían verse obligadas a salir del mercado, con el consiguiente perjuicio para los consumidores que prefieran favorecer la tasa de agregación por sobre la velocidad máxima de acceso.
53. Lo expuesto es sin perjuicio de otros bienes jurídicos diversos de la defensa de la competencia, que pudieren justificar el proceder de la autoridad sectorial.

Es cuanto puedo informar a ese H. Tribunal.

POR TANTO, en consideración a lo expuesto y a lo dispuesto en el artículo 39 letra e), del Decreto Ley N° 211,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO tener por evacuado el informe requerido, en los términos expuestos.

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


REPUBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO