

EN LO PRINCIPAL: Interpone asunto de carácter no contencioso que indica;

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos bajo confidencialidad;

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña versiones públicas;

EN EL TERCER OTROSÍ: Se tenga presente; y

EN EL CUARTO OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en calle Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

En la representación que invisto, y de conformidad con lo establecido por los artículos 1, 2, 18 N°2) y 4), 31 y 39, todos del Decreto Ley N° 211 de 1973, ("DL 211"), interpongo el presente asunto de carácter no contencioso, con el objeto de que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fije las condiciones en que VTR Wireless S.A. ("VTR") y Centennial Cayman Corp. Chile S.A. ("NEXTEL") deberán hacer uso del espectro radioeléctrico que se les asignó en el concurso de telefonía móvil digital avanzada conocida como "3G", teniendo en consideración que dichas compañías suscribieron contratos de *roaming* con dos empresas incumbentes.

Como el H. Tribunal sobradamente conoce, el espectro radioeléctrico constituye un insumo escaso, y su explotación sólo puede efectuarse por medio de concesiones, permisos y licencias de telecomunicaciones otorgadas por el Estado. De este modo, constituye una cuestión de orden público -y que tiene una incidencia relevante y directa en la libre competencia en los mercados relevantes- que se haga un uso efectivo y eficiente del mismo por aquellos entrantes a quienes se les ha asignado.

En el caso que nos ocupa, si bien VTR y NEXTEL se adjudicaron en septiembre de 2009 frecuencias de 30 Mhz y 60 Mhz, respectivamente, sólo recientemente han iniciado la comercialización de sus servicios móviles. De esta manera, el uso que han dado a los bloques de espectro otorgados no sería el óptimo -considerando los criterios tradicionales de buen uso del espectro radioeléctrico-,

situación que podría verse agravada teniendo en cuenta los contratos de *roaming* que celebraron con Telefónica Móviles Chile S.A. ("MOVISTAR") y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ("ENTEL"), respectivamente.

Si bien la Fiscalía Nacional Económica no ve reparo en la celebración de los mencionados contratos, -y es por ello que no propone modificar ninguna de sus cláusulas, ni poner término a ellos-, estima que los mismos no pueden excusar a VTR y NEXTEL de hacer un uso amplio de las bandas del espectro radioeléctrico que les fueron asignadas por la vía de desplegar sus propias redes.

De este modo, la presente solicitud tiene por objeto consultar al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre un hecho específico: la falta de uso eficiente del espectro asignado por parte de VTR y NEXTEL, y tiene por objeto que se fijen condiciones que prevengan que el mismo mantenga o incremente barreras a la entrada de nuevos potenciales interesados en la prestación de los servicios vinculados a la telefonía móvil y restrinja la competencia tanto a nivel de infraestructuras de red como a nivel de servicios finales al afectar parámetros claves como la cobertura, la calidad, la capacidad de transmisión de datos y la flexibilidad de precios.

Como una cuestión complementaria, se solicita al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 18 N°4 del DL 211, recomiende la dictación de normas que faciliten el despliegue de nuevas redes.

De este modo, la Fiscalía Nacional Económica solicita al H. Tribunal se sirva acoger la presente consulta con el objeto de que:

A) En ejercicio de las facultades que le concede el artículo 18 N°2 del DL 211, se pronuncie sobre las condiciones en que VTR y NEXTEL deberán hacer uso del espectro radioeléctrico que se les asignó en el concurso de telefonía móvil digital avanzada conocida como "3G", así como ciertas condiciones en que deberán operar durante la vigencia de los contratos de *roaming* que han celebrado, con el objeto de evitar riesgos de colusión; y,

B) Que en aplicación de la potestad consagrada en el artículo 18 N°4 del DL 211, proponga al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones ("MTT"), la dictación de los preceptos reglamentarios referidos en el artículo 19 bis de la Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones, introducido por la Ley N°20.599 ("Ley de Antenas")¹, a fin de hacer posible y efectivo el ejercicio del derecho a colocalización de las mismas.

Fundo la presente solicitud en las consideraciones fácticas, económicas y jurídicas que a continuación paso a exponer:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 20 de julio de 2009, VTR y NEXTEL concretaron su postulación al concurso público "3G"², presentando proyectos técnicos ante el MTT.

La empresa NEXTEL obtuvo 60 Mhz al ganar en dos de los tres bloques de frecuencia disponibles (por más de US\$ 14 millones), mientras VTR obtuvo otros 30 Mhz (por cerca de US\$ 3 millones). De esta forma, ambas compañías se sumarían a los servicios móviles que hoy ofrecen las compañías Claro Chile S.A. ("CLARO"), MOVISTAR y ENTEL³.

¹ La nueva ley busca incentivar la colocalización de antenas, el emplazamiento de torres pequeñas, menos visibles y que no afecten la propiedad, asegurando, también, "que no hayan restricciones que prohiban el ingreso de nuevos actores a un mercado que crece en forma acelerada", según se señala en el proyecto de la nueva ley.

² La expresión tercera generación (3G) se emplea para designar una amplia variedad de servicios de comunicaciones móviles, los que incluyen transmisión de voz (telefonía móvil), video y datos en general (acceso a Internet o banda ancha móvil) a alta velocidad.

³ El ingreso de estos nuevos operadores de telefonía móvil se produjo en virtud de los lineamientos establecidos por la Excm. Corte Suprema a través de sentencia de fecha 27 de enero de 2009, Rol N° 4797-2008, en proceso caratulado "Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada", seguido ante el H. Tribunal. Así, se estableció en la letra B) de la parte resolutive de la citada sentencia que: "(...) En las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante -considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045- podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas de 800 y 1.900 MHz. En las mismas bases deberá consignarse que si la cantidad de espectro radioeléctrico detentado por alguno de los actuales operadores llegare por la misma vía a exceder el límite fijado de 60 MHz, éstos deberán desprenderse en alguna de las formas que permita la ley de la cantidad de espectro que sea necesaria para ajustarse al límite establecido. La cantidad de espectro de que las empresas se desprendan en razón de lo resuelto anteriormente deberá ser objeto a su vez de

En el momento de oficializarse la postulación de las nuevas operadoras, la proyección de la Subsecretaría de Telecomunicaciones ("SUBTEL") fue que a mediados del año 2010 las empresas podrían estar en condiciones de iniciar su servicio, coincidiendo además con la implementación de la portabilidad del número planificada para fines de ese año⁴.

Por su parte, en el momento de la adjudicación se estimó que, en el plazo de uno a dos años, las entrantes darían inicio a sus servicios, tiempo que se consideró necesario y suficiente para que pudieran desplegar sus redes⁵.

Asimismo, los decretos que otorgaron concesión a las nuevas operadoras móviles⁶ señalan que el plazo de inicio de los servicios será de 12 meses, contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de los respectivos decretos.

una licitación abierta para terceros no relacionados con ellas o de un concurso público, según corresponda, en la oportunidad y dentro del plazo que al efecto determine la respectiva autoridad administrativa en las bases del concurso público motivo de esta consulta. En el evento que los futuros adjudicatarios de las cantidades de espectro de que se desprendan las empresas que las detentaban lleguen a ser titulares de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, deberán ellos a su vez desprenderse de la cantidad que exceda dicho límite" (Énfasis agregado).

⁴ Véase al respecto: http://www.SUBTEL.gob.cl/prontus_SUBTEL/site/artic/20090720/pags/20090720164925.html.

⁵ En dicho sentido, tanto las empresas entrantes como el órgano regulador realizaron anuncios en distintos medios de comunicación.

1) Así señaló NEXTEL: "Durante la celebración de los tres años de operaciones de NEXTEL en Chile, su gerente general, Eduardo González, manifestó que la compañía se encuentra a la espera del decreto definitivo para iniciar la construcción de la red que les permitirá iniciar sus operaciones de telefonía móvil de tercera generación (3G) en los primeros meses del 2011. Una vez publicado el decreto –explica González– la empresa de telecomunicaciones tiene 12 meses para construir la red. Es decir, nosotros deberíamos tener nuestra red lista a fines del 2010 o inicios del 2011. Eso significa que estaríamos lanzando nuestro servicio el 2011." [Énfasis agregado]. En: http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=24974;

2) Por su parte, declaró la SUBTEL: "Al segundo semestre del próximo año (2010) nosotros tenemos que tener estas redes completamente desplegadas de ambas empresas, lo cual le da una cobertura nacional y las transforma en dos competidoras importantes en esta industria". En: http://www.SUBTEL.gob.cl/prontus_SUBTEL/site/artic/20090908/pags/20090908130835.html;

3) En el mismo sentido, VTR: "A partir de este momento, VTR espera iniciar en el menor plazo posible el despliegue de una moderna red móvil de Arica a Punta Arenas". En: http://vtr.com/empresa/prensa/index.php?opc=detalle_noticia&idnoticia=75#.

⁶ Para el caso de VTR, se trata el Decreto N° 67 del MTT, de 30 de abril de 2010, y para NEXTEL, de los Decretos N° 63 y N° 64 del MTT, ambos de 20 de abril de 2010.

No obstante lo anterior, con fecha 5 de mayo del año 2011, MOVISTAR y VTR informaron, a través de un comunicado oficial en los medios de prensa, haber suscrito un acuerdo de *roaming* nacional, conforme con el cual:

"El convenio comercial contempla que VTR podrá cursar tráfico en la red de telefonía celular de MOVISTAR en algunas zonas del país. De este modo, VTR complementará la infraestructura de red móvil que se encuentra desplegando, alcanzando así una cobertura nacional total desde el primer día de su inicio de operaciones en el mercado inalámbrico"⁷. [Énfasis agregado].

Recibidos los antecedentes, la Fiscalía procedió al análisis del convenio suscrito por VTR y Telefónica el 1° de febrero de 2011. A fin de evaluar los posibles riesgos anticompetitivos asociados a la suscripción del mismo, con fecha 29 de junio del mismo año, dio inicio a la investigación signada con el Rol FNE N°1886-11.

Posteriormente, con fecha 10 de agosto de 2011, ENTEL y NEXTEL celebraron un contrato de la misma especie, por lo que se procedió a su investigación, acumulándose dichos antecedentes a la investigación anteriormente citada con fecha 18 de noviembre de 2011.

II. EL INTERÉS PÚBLICO EN EL EFICIENTE USO DEL ESPECTRO POR LOS ENTRANTES

Conforme al marco legal de las telecomunicaciones en Chile, el uso y goce de frecuencias es de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones otorgadas por el Estado⁸. En otras palabras, la instalación, operación y explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones requiere de una concesión, que es otorgada por concurso

⁷ En: <http://www.telefonicachile.cl/sala-de-prensa/comunicados-antecedentes/05/2011/72/>.

⁸ Artículo 8°, inciso primero, LGT: "Para todos los efectos de esta ley, el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado."

público y asignada al postulante cuyo proyecto ofrezca las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio⁹.

En nuestro sistema legal, los únicos requisitos establecidos para las operadoras móviles adjudicatarias de las concesiones de servicio público de telefonía móvil digital avanzada (3G), son los contenidos en las Bases del concurso que guardan relación, fundamentalmente, con la cobertura propuesta, la que sólo está asociada a una determinada cantidad de estaciones base. Esta condición es comprobada al momento de la recepción de obras correspondiente, sin que posteriormente se realice una nueva inspección destinada a verificar el despliegue de la infraestructura y de la red.

Así las cosas, pese a que dentro de la normativa general de telecomunicaciones se exige, al momento que es otorgada una concesión, la explicitación de un término o plazo para el "inicio de servicios" (que es propuesto por la propia solicitante en su proyecto técnico y que para este tipo de servicios públicos es considerado un elemento de la naturaleza de la concesión¹⁰), dicho compromiso no sujeta a la concesionaria a un uso comercial de las bandas de espectro, sino que la obliga únicamente a realizar transmisiones a través de sus instalaciones.

Pese a lo anterior, y con el interés de resguardar la libre competencia, los organismos y tribunales competentes han adoptado medidas tendientes a asegurar el uso efectivo y eficiente del espectro, incluso por la vía de ordenar la enajenación de todas o algunas de las concesiones por parte de los operadores establecidos^{11/12}.

⁹ Artículo 13 C inciso segundo de la LGT: "El concurso se resolverá asignándose la concesión o permiso al postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas que asegure una óptima transmisión o excelente servicio. Si hubiere dos o más postulantes en igualdad de condiciones, se resolverá la asignación entre éstos, mediante licitación."

¹⁰ Artículo 14 inciso segundo de la LGT: "En todo decreto supremo que otorgue una concesión deberá dejarse constancia expresa de los elementos de la esencia y además de los siguientes elementos: 2.- En los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones: su titular, la zona de servicio, las características técnicas de las instalaciones que se especifiquen en los planes técnicos fundamentales correspondientes al tipo de servicio, el plazo para iniciar la construcción de las obras y para su terminación, el plazo para el inicio del servicio, la ubicación de las radioestaciones, excluidas las móviles y portátiles, su potencia, la frecuencia y las características técnicas de los sistemas radiantes." [Énfasis agregado].

¹¹ Así lo han dispuestos las Resoluciones N° 584, de 27 de septiembre de 2000 y N° 588, de 20 de diciembre de 2000, ambas de la H. Comisión Resolutiva; el Dictamen N° 975 de 21 de junio de

En ese entendido, la Excma. Corte Suprema estableció la exigencia de un "uso efectivo" del espectro en el Considerando Vigésimo Tercero de la sentencia de 27 de enero de 2009, en la que al establecer límites a la participación de los operadores que contaban con bandas de frecuencia de espectro radioeléctrico en el concurso público 3G, dispuso: *"Que, por tanto, esta Corte optará por establecer límites en la tenencia de espectro de que puede disponer un operador que participe en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, cautelando el uso efectivo del espectro radioeléctrico y la necesaria homogeneidad en la distribución del mismo, toda vez que no se advierte cómo una condición que apunte a buscar simetría en las porciones de espectro pueda afectar el grado de competencia en el concurso"*¹³.

1996 de la H. Comisión Preventiva Central, y la Resolución N° 2/2005, del H. Tribunal, de fecha 4 de enero de 2005.

¹² Asimismo, los órganos citados han promovido la homogeneidad en la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a los operadores de redes inalámbricas, en atención a que "(...) la disponibilidad de espectro radioeléctrico es determinante en los costos de cada concesionario (...)", de modo que a mayor disponibilidad de espectro, son menores los requerimientos de inversión. Por esta razón, la Resolución N°2/2005, de la cual proviene la cita anterior, ordenó a MOVISTAR enajenar una concesión de espectro radioeléctrico, impidiendo su adquisición definitiva por actores que poseyeran concesiones que les otorgasen derechos sobre más de 60 Mhz.

En similar sentido, la Excma. Corte Suprema en sentencia de fecha 27 de enero de 2009, en autos Rol N°4797-2008, en el marco del proceso NC Rol N°198-07, caratulado "Consulta de SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada", en el Considerando vigésimo, señaló respecto a este punto y, en particular, sobre la naturaleza de este insumo: *"Que tampoco puede perderse de vista el hecho de que se esté frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles, en razón de situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios"* [Énfasis agregado].

¹³ Excma. Corte Suprema, 27 de enero de 2009, Rol 4797- 2008 [Énfasis agregado].

En relación con esto último, nuevas consideraciones han permeado el debate respecto al modelo de adjudicación de espectro radioeléctrico. En efecto, probablemente luego de la experiencia obtenida por la autoridad de telecomunicaciones en la licitación 3G, una de las exigencias que se pensó establecer en el concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en las bandas de frecuencias para la prestación de servicios 4G, fue el uso comercial efectivo del mismo. A este respecto, señaló en medios de prensa el Subsecretario de Telecomunicaciones, don Jorge Atton Palma: *"Vamos a cambiar las condiciones de las licitaciones como se han hecho en forma histórica: vamos a exigir calidad de servicio, exigencia de cobertura de servicio en particular en las zonas rurales y además vamos a fiscalizar que se haga un uso efectivo comercial (de las bandas) y que no se participe en la licitación para acaparar espectro"*

Aún más explícitas son las recientes inquietudes que ha manifestado la autoridad sectorial respecto a la necesidad de uso del espectro radioeléctrico otorgado a VTR y NEXTEL, como lo

Según queda en evidencia, constituye una exigencia importante para resguardar la libre competencia el que los entrantes que se han adjudicado parte del espectro hagan un uso efectivo y eficiente del mismo; razón por la que resulta procedente que se fijen determinadas condiciones o exigencias para ello si, como se verá, VTR y NEXTEL han celebrado contratos de *roaming* que podrían desincentivar ese uso y el que desplieguen sus propias redes.

III. LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE *ROAMING* PODRÍA DESINCENTIVAR EL EFICAZ Y EFICIENTE USO DEL ESPECTRO POR PARTE DE LOS ENTRANTES

Como se verá a continuación, el hecho de que VTR y NEXTEL celebraran contratos de *roaming* con MOVISTAR y ENTEL, respectivamente, podría desincentivar el despliegue de sus propias redes y, por consiguiente, el eficiente uso del espectro por parte de las entrantes, lo que conduce a una situación de hecho que justifica se adopten medidas tendientes a prevenir su ocurrencia, así como a evitar ciertos riesgos que el vínculo entre competidores derivado de los referidos acuerdos pudiera ocasionar en los mercados relevantes.

Como el H. Tribunal conoce, el *roaming* nacional o doméstico es el mecanismo a través del cual los suscriptores de una red de telefonía móvil (*home network*) usan sus equipos o dispositivos móviles en una red móvil diferente (*visited network*), a fin de disponer de los servicios de voz y/o datos cuando se encuentran fuera del área de cobertura de la red del concesionario al cual están suscritos.

Los contratos de *roaming* pueden generar ventajas y eficiencias que resultan valiosas desde un punto de vista competitivo.

muestra una reciente publicación: "El subsecretario de Telecomunicaciones, Jorge Atton, hizo un llamado a las operadoras VTR y NEXTEL para que utilicen el espectro con el que cuentan e inicien las operaciones de sus servicios de telefonía móvil. Si bien Atton explicó que la Subsecretaría de Telecomunicaciones no puede intervenir en las estrategias comerciales de las compañías, ni en sus plazos dijo que 'mi llamado es a la coherencia. Si tienen espectro úsenlo, salgan al mercado y compitan. NEXTEL cuenta con 60 Mhz y VTR con 30 MHz. 'Queremos conexiones de banda ancha móvil y telefonía para todos, por eso es importante que el espectro se utilice como corresponde' y agregó que para que eso ocurra es necesario que tanto VTR como NEXTEL hagan la oferta comercial para que este servicio se masifique", explicó". En: <http://www.df.cl/atton-a-vtr-y-NEXTEL-si-tienen-espectro-usenlo-salgan-al-mercado-y-compitan/prontus/df/2012-04-24/212510.html>.

Es así como facilitan el ingreso expedito de los nuevos operadores móviles. En efecto, la suscripción de contratos de *roaming* permite al entrante ofrecer, desde el inicio de sus operaciones, servicios con una cobertura nacional, con la consecuente captación de clientes y generación de economías de escala. Todo ello, en el entendido que en el intertanto despliegue una red propia, de modo de que posteriormente sea capaz de atender por sí mismo a todos sus clientes o, al menos, a una parte significativa de ellos.

Asimismo, el *roaming* móvil doméstico resulta relevante en caso de que existan barreras para alcanzar cobertura a nivel nacional; las que guardan relación fundamentalmente con las inversiones irrecuperables y economías de escala y densidad. Ello, teniendo en cuenta que el ingreso exitoso al mercado requiere de un importante número de clientes así como de un tiempo razonable que permita alcanzar esa base de clientes para ofrecer precios competitivos; y que las economías de escala pueden limitar el número de redes que son económicamente viables o factibles en áreas de baja densidad poblacional y que el carácter irrecuperable de las inversiones puede frenar o limitar el despliegue de una red en áreas particulares.

Sin perjuicio de lo anterior, si los acuerdos de *roaming* no van aparejados de un despliegue de red relevante por parte de quienes acceden a dicho servicios, éstos restringen la competencia tanto a nivel de infraestructuras de red como a nivel de servicios finales, al afectar parámetros claves como la cobertura, la calidad, la capacidad de transmisión de datos y la flexibilidad de precios con que podría actuar una empresa que posee una red propia.

En efecto, los operadores que utilizan los servicios de *roaming* nacional están limitados por las condiciones de calidad, tecnología, cobertura de la red y velocidades de transmisión que ponga a su disposición el operador establecido que la proporciona, sin que tengan la posibilidad de mejorarlas¹⁴. Esto se vuelve

¹⁴ Ewan Shuterland (2011) "The regulation of national roaming", International Telecommunications Society.

especialmente relevante considerando que, en la actualidad, los tipos de servicios se determinan en gran medida por las velocidades de transmisión disponibles¹⁵.

Para el caso en análisis, los contratos de *roaming* mejoran la cobertura de las redes de VTR y NEXTEL, pero no necesariamente sucede lo mismo con los parámetros de capacidad de la red y de velocidad de transmisión de datos. En efecto, cabe señalar que dadas las participaciones de mercado de ENTEL y MOVISTAR, ambas compañías deberían contar con una importante carga de tráfico¹⁶, por lo que correspondería esperar que la capacidad de las mismas en comparación con las redes no congestionadas de VTR y NEXTEL sea mucho menor, situación que debería traducirse en la prestación de servicios de banda ancha móvil con menor tasa de transferencia de datos para el usuario, en el caso que no se incentive un despliegue de red por parte de las entrantes.

Por otra parte, las tarifas mayoristas de *roaming* restringirían la competencia tanto en los precios mayoristas de acceso a redes como en los precios minoristas, puesto que al constituir un componente importante de los mismos, limitarían la flexibilidad de precios en comparación con la que posee una red propia.

En este caso concreto, de acuerdo al análisis realizado por esta Fiscalía, si se materializara una alta dependencia del servicio de *roaming* (y éste no va acompañado de un despliegue de red autónoma) las tarifas de *roaming* nacional,

¹⁵ Respecto a los parámetros mencionados, establece la Comisión Europea de Competencia: "La itinerancia nacional entre los operadores de red con licencia para desplegar y operar sus propias redes móviles digitales competidoras restringe por definición la competencia entre estos operadores en todos los mercados de red relacionados en cuanto a parámetros claves como los índices de cobertura, calidad y transmisión. Restringe la competencia en la cobertura porque en vez de desarrollar su propia red para obtener el grado máximo de cobertura del territorio y de la población, un operador en itinerancia se basará en el grado de cobertura alcanzado por la red del operador de acogida. La itinerancia nacional también restringe la competencia en cuanto a la calidad de la red y en cuanto a los índices de transmisión, puesto que el operador de itinerancia se verá restringido por la calidad de la red y los índices de transmisión disponibles en la red de acogida, que están en función de las decisiones técnicas y comerciales tomadas por el operador de la red de acogida (...)" [Énfasis agregado]. 2004/207/CE: Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2003 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. Asunto COMP/38.369-T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Compartición de redes – Rahmenvertrag, Numeral 107.

¹⁶ Al respecto, cabe tener presente lo señalado en enero de este año por SUBTEL: "Atendiendo a que esta es la segunda interrupción de servicios de similares características en el presente año, SUBTEL ha iniciado un proceso de fiscalización e investigación detallada de los sistemas de la referida empresa (ENTEL), acción complementaria a la emprendida a raíz de la falla producida el 03 de enero pasado".

En: http://www.subtel.gob.cl/prontus_subtel/site/artic/20120127/pags/20120127174707.html

cobradas por las incumbentes para el servicio de voz limitarían, en el corto plazo, la flexibilidad de precios con que puedan contar tanto VTR y NEXTEL en lo que se refiere a planes postpago sin discriminación tarifaria (planes que las empresas entrantes deberían comercializar dado que no cuentan con una base de clientes que les permita comercializar aún planes con diferenciación tarifaria por red¹⁷).

Adicionalmente, la jurisprudencia comparada ha observado que dado que el modelo de precios está definido como uno al por menor rebajado, los contratos de *roaming* generan riesgo de coordinación en los precios al detalle¹⁸.

De este modo, la celebración de estos acuerdos entre competidores podría facilitar riesgos colusorios si el intercambio de información no está acotado a lo estrictamente necesario para la prestación del servicio¹⁹.

Los potenciales efectos antes mencionados serían mayores en zonas comercialmente atractivas, donde las compañías móviles tienen mayores incentivos económicos para desplegar sus propias redes; y tendrían menor incidencia en aquellas áreas de importancia comercial secundaria y, en especial,

¹⁷ Esta limitación sería mayor para NEXTEL, puesto que para aquellos planes que permiten un consumo promedio menor a 100 minutos, los precios de *roaming* nacional más cargo de acceso se hallan por debajo del precio efectivo minorista.

¹⁸ Así quedó establecido en la decisión 2004/207/CE: Numeral 107 "(...) Por último, sobre la base del acuerdo, la itinerancia nacional se cobrará con tarifas al por mayor, para las comunicaciones vocales con las tarifas de terminación de llamada, y para los servicios de datos con [un modelo de precio al por menor rebajado (*)]. (...) Por tanto, las tarifas al por mayor que podrá cobrar a los compradores de su propia red y los servicios de acceso se verán limitadas por las tarifas al por mayor (...)"; y [Numeral 111: "(...) La itinerancia nacional al por mayor dará lugar a una mayor uniformidad de las condiciones al por menor, dado que es probable que la cobertura de red, la calidad y las velocidades de transmisión sean similares. Las velocidades de transmisión determinarán en gran parte los tipos de servicio que un operador podrá proporcionar (...). Finalmente, como los operadores que utilicen la itinerancia nacional 3G al por mayor tendrán que pagar por el acceso al por mayor, que para los servicios de datos se basará en un [modelo de precio al por menor rebajado (*)], el ámbito para la competencia de precios quedará limitado. El propio sistema de precios [...]* podría dar lugar a un riesgo de coordinación de los niveles de precios al por menor". [Énfasis agregado].

¹⁹ En dicho sentido, la Comisión estableció lo siguiente: "Hay que partir de la base de que, en principio, el intercambio de información sensible desde el punto de vista comercial entre competidores es perjudicial para la competencia efectiva ya que puede reducir la incertidumbre de mercado y facilitar las conductas colusorias (...). En este caso, se trata sobre todo de información técnica que no permite a ninguna de las Partes conocer la estrategia competitiva global de la otra. Con todo, hay que considerarla en el contexto del Acuerdo y el mercado en su conjunto, por lo que es preciso analizar los distintos aspectos de la cuestión, como la existencia de cláusulas de salvaguarda" [Énfasis agregado]. 2003/570/CE: Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2003 relativa a un procedimiento incoado en virtud del artículo 81 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE. Asunto COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited (UK Network Sharing Agreement), Numeral 123.

en áreas rurales y remotas donde podría ser eficiente mantener el servicio de *roaming*²⁰.

De lo señalado, queda en evidencia que los contratos de *roaming* nacional, para que no desincentiven el uso del espectro por los entrantes ni restrinjan la competencia en los mercados involucrados, deberían ser de carácter temporal y/o estar diseñados con restricciones geográficas, características que pueden ser relajadas dependiendo de las condiciones que el operador enfrente para desplegar sus redes; o, en su defecto, constituirse en un servicio puramente complementario o auxiliar. Lo que debe evitarse es que se transformen en un servicio utilizado de manera permanente para la mayoría de la operación de un prestador móvil entrante²¹.

Asimismo, éstos debieran ejecutarse de una forma tal que eliminen o disminuyan considerablemente el riesgo de intercambio de información comercial sensible entre competidores, con el inminente peligro de coordinación.

IV. MERCADOS RELEVANTES

La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, 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 mercado²².

Según será explicado a continuación, esta Fiscalía considera que la falta de uso eficaz y eficiente del espectro por parte de las entrantes, teniendo en cuenta los contratos de *roaming* que han suscrito, podría afectar el mercado minorista de servicios móviles de voz, mensajería y banda ancha móvil a nivel nacional; el

²⁰ 2004/207/CE: Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. Asunto COMP/38.369-T-Mobile Deutschland/O2 Germany; Compartición de redes – Rahmenvertrag, Numeral 108.

²¹ "If NR is allowed to endure then it gives rise to competition concerns". Sutherland (2011), "The regulation of national roaming", International Telecommunications Society.

²² Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

mercado mayorista de acceso a la infraestructura de red (oferta de facilidades) para Operadores Móviles Virtuales (OMVs) a nivel nacional; y el mercado minorista de servicio de banda ancha fija a nivel nacional.

Lo anterior, sobre la base de las razones que a continuación se exponen.

a) Mercado minorista de servicios móviles

La falta de uso amplio del espectro asignado a VTR y NEXTEL podría afectar la competencia en la provisión de los servicios móviles minoristas. Ello, por cuanto limitaría la flexibilidad tarifaria que caracteriza a los operadores "de redes propias" al momento de fijar sus tarifas y la competencia en parámetros claves como cobertura, calidad y capacidad de transferencia de datos. Estas preocupaciones se tornan más relevantes cuanto mayor sea la dependencia por parte del operador entrante del servicio de *roaming* ofrecido por alguna incumbente.

Por lo tanto, esta situación podría afectar los mercados de: i) servicio de transmisión de voz digital móvil, incluyendo servicios de valor agregado, como por ejemplo SMS²³ y MMS²⁴; y ii) servicio de banda ancha móvil.

En relación con el servicio móvil de voz, como ha señalado este H. Tribunal en la Resolución N°27/2008, no hay distinción entre el servicio de voz móvil prestado mediante tecnologías 2G o 3G, puesto que desde el punto de vista del usuario presenta características similares²⁵.

En cuanto al servicio de banda ancha móvil, esta Fiscalía entiende que el mismo se refiere a la prestación de servicios de datos, a través de dispositivos móviles a alta velocidad, que sólo pueden ser provistos usando tecnologías del tipo 3G o más avanzadas²⁶. Por lo anterior, y en concordancia con lo señalado por ese H.

²³ Short Message Service (SMS) corresponde a un servicio disponible en redes digitales, que típicamente permite enviar y recibir mensajes de hasta 160 caracteres a otros suscriptores de telefonía móvil.

²⁴ Multimedia Message Service (MMS) corresponde a un servicio más sofisticado que el SMS. Este permite enviar y recibir mensajes de texto con formato, gráficos, audio y video clips.

²⁵ "Consulta sobre la participación de actuales concesionarios de telefonía móvil en concurso de telefonía móvil digital avanzada", Rol NC N°198-07.

Tribunal en la Resolución N°27/2008, deben excluirse de este mercado los servicios de transmisión de datos con tecnologías de 2G.

En cuanto a la estructura de este mercado, menester es distinguir entre:

- **Servicios de Telefonía móvil**

Este mercado se caracteriza por: (i) tener un escaso número de operadores (actualmente sólo tres empresas están operando a una escala significativa: MOVISTAR, ENTEL y CLARO), y (ii) estar todos ellos vinculados con empresas que prestan, a su vez, otros servicios de telecomunicaciones, como telefonía fija, banda ancha y TV de pago.

En el cuadro siguiente se muestran las participaciones de mercado de los operadores establecidos, según número de abonados, a noviembre de 2011.

Tabla N°1
Participación de mercado según abonados por Empresa
de Telefonía Móvil, a Noviembre de 2011

Concesionaria	Abonados	Cuota de Mercado
Movistar	8.468.276	38,99%
Entel	8.076.469	37,19%
Claro	5.136.903	23,65%
Nextel	36.428	0,17%
Interexport	1.029	0,00%
Telsur	489	0,00%
Total	21.719.594	100,00%

Fuente: Sitio web SUBTEL. www.subtel.cl

- **Servicios de banda ancha móvil**

Al igual que el mercado de telefonía móvil, este mercado cuenta con los mismos tres operadores funcionando: MOVISTAR, ENTEL y CLARO.

²⁶ Se consideran tecnologías más avanzadas la evolución de las redes HSPA conocidas como HSPA+, DC-HSPA y las tecnologías denominadas: LTE y LTE Advanced.

En el cuadro siguiente se muestran las participaciones de mercado de los operadores establecidos, según número de abonados, al mes de diciembre de 2011²⁷.

Tabla N°2
Participación de Mercado por Proveedor de Acceso a Internet de Banda Ancha Móvil, a Diciembre de 2011

Concesionaria	Conexiones	Cuota de Mercado
Movistar	3.615.241	45,43%
Claro	1.612.839	20,27%
Entel	2.729.634	34,30%
Total	7.957.714	100,00%

Fuente: Sitio web SUBTEL www.subtel.cl

b) Mercado mayorista de acceso a redes para OMVs

En el mercado mayorista de acceso a redes para OMVs, la ausencia del despliegue de redes propias por parte de VTR y NEXTEL puede incidir en la disminución de la gama de oferentes susceptibles de proveer dicho servicio y, con ello, afectar de manera crítica los niveles de competencia de dicho mercado.

En efecto, se debe considerar que cuando una parte sustancial de la cobertura nacional de un operador depende de otro, este último puede crear incentivos y restricciones en la forma en que se establecen los precios por el servicio de *roaming* y la estructura de éstos.

El costo de comprar capacidad bajo un convenio de *roaming* nacional se basa, por lo general, en el volumen de uso; por lo tanto, dicho uso constituye una variable de costo y determina, en conjunto con otros costos, el precio por unidad mínimo que el operador "dependiente" es capaz de cobrar a sus clientes finales y su habilidad de ofrecer paquetes u ofertas ilimitadas de llamadas o de transmisión de datos.

Sobre la base de lo anterior, al utilizar el *roaming* nacional el operador no puede alcanzar las mismas economías de escala que un operador con infraestructura

²⁷ La SUBTEL no ha actualizado las conexiones de banda ancha móvil por empresa, por lo que no se cuenta con estadísticas actualizadas.

propia, por tanto, la falta de despliegue de redes propias podría limitar de forma importante la flexibilidad en precios.

De esta forma, si VTR y NEXTEL tienen una alta dependencia del *roaming* nacional -entendida ésta como el curso de una baja proporción de su tráfico por redes propias- y las tarifas del mismo no son competitivas en relación con los precios finales de los servicios de voz, mensajería y banda ancha, la competencia se verá limitada en el mercado de servicios a los clientes finales; pero, al mismo tiempo, al permanecer ENTEL, MOVISTAR y CLARO como únicos oferentes con redes propias, también se verá limitada la oferta en el mercado de acceso a las redes por partes de mayoristas, pues los precios que podrían ofrecer VTR y NEXTEL a los OMVs no serían tan atractivos como los de los primeros.

Bajo este escenario, los costos de VTR y NEXTEL para efectuar una eventual oferta de facilidades estarán siempre relacionados con los precios que pagan a MOVISTAR y ENTEL, respectivamente, y no serían capaces de ofrecer condiciones competitivas a los OMVs limitándose, por ende, la competencia en el mercado mayorista de acceso a redes para ese tipo de operadores.

En cambio, si los operadores entrantes realizan un efectivo despliegue de sus redes, tendrán mayores incentivos para brindar acceso a OMVs que los que podrían tener los incumbentes, pues ello les permitiría hacer un uso más intensivo y eficiente de su red y alcanzar economías de escala y/o ámbito.

En cuanto a la estructura de este mercado, es necesario señalar que a la fecha de presentación de esta consulta las únicas empresas que pueden ofrecer una oferta de facilidades a los OMVs son ENTEL, CLARO y MOVISTAR²⁸. Por lo tanto, estas empresas en conjunto poseen poder de mercado en lo que concierne al acceso a esta infraestructura.

²⁸ Asimismo, se encuentran obligados a ello por lo resuelto en la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 23 de diciembre de dos mil once, en autos Rol N°7781-2010, en el marco del proceso contencioso Rol N°139-07, caratulado "Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros", en la que se estableció en el resuelvo II: "Que se ordena a las requeridas presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios."

Sin embargo, este mercado debería tender a una menor concentración con el ingreso de los operadores VTR y NEXTEL, en cuanto ellos logren desarrollar una infraestructura apta para dar servicios a los OMV.

c) Mercado minorista de banda ancha fija

Si bien, por el momento, este H. Tribunal no ha reconocido a la banda ancha móvil como un buen sustituto de la banda ancha fija^{29/30}, ha señalado claramente que, a través de los avances tecnológicos y en un futuro próximo, la banda ancha móvil tendrá características similares en cuanto a rapidez y confiabilidad a la fija y, por lo tanto, será capaz de desafiar o bien sustituirla, pero no en sentido contrario.^{31/32}

En el caso consultado, tanto VTR como NEXTEL son operadores que, al día de hoy, tendrían una importante dependencia del servicio de *roaming* y pagarían precios poco competitivos por el servicio *roaming* de banda ancha móvil. Por lo anterior, es presumible que les será muy difícil o, incluso imposible tener una oferta competitiva en el mercado minorista de banda ancha móvil, lo que limitaría no solo la competencia dentro de este mercado, sino también en el de la banda ancha fija.

Al respecto, el que VTR tenga una mayor dependencia de la red de MOVISTAR genera una preocupación especial a esta Fiscalía, dado que VTR es un operador

²⁹ En la Resolución N°27/2008, el H. Tribunal define el mercado en el que impactará la licitación del espectro para la tecnología 3G como el de banda ancha móvil, dejando fuera la banda ancha fija.

³⁰ En la Sentencia N°97/2010, el H. Tribunal excluye de su definición del mercado relevante a la banda ancha móvil, dejando a la fija solamente debido a que actualmente la calidad del servicio móvil sería bastante menor, debido a las numerosas fuentes de interferencias que se encuentran en las ciudades.

³¹ Así lo ha manifestado el H. Tribunal en la Resolución N°27/2008: "(...) a juicio de este Tribunal, que aunque los servicios prestados por redes de cables (par de cobre o ADSL) o inalámbricas (WiMax) no sean sustitutos cercanos de los servicios móviles de tercera generación, los servicios que se desarrollen en estas últimas, sus estructuras de costos y la competitividad de los precios que presente la oferta de los servicios prestados por redes móviles, inciden en la oferta y comportamiento competitivo de los proveedores de servicios prestados por otras redes." "(...), a juicio de este Tribunal, los actuales proveedores de banda ancha fija, que pueden ser desafiados o sustituidos con la irrupción de los servicios de comunicaciones móviles de tercera generación, (...)." (p.76) [Énfasis agregado].

³² Del mismo modo, en su Sentencia N°97/2010, considerando cuadragésimo, ha señalado: "no existe evidencia de que el servicio de banda ancha provisto por medio de redes inalámbricas sea un buen sustituto de la banda ancha provista por medio de redes fijas, aún cuando es esperable que en el futuro llegue a serlo".

de servicios fijos de telecomunicaciones con una alta participación en el mercado en banda ancha fija³³. Por lo anterior, podría tener mayores incentivos a ofertar servicios fijos-móviles paquetizados, a fin de trasladar el poder de mercado que tiene sobre el servicio fijo hacia el móvil, en el que no detenta ese poder, o diferenciar servicios de banda ancha fijo y móvil -que son potencialmente sustitutos entre sí³⁴-, conteniendo la calidad (o velocidad) de uno de ellos con el objeto de no "canibalizar" la demanda del otro³⁵, en lugar de generar competencia entre ellos.

En cuanto a la estructura de este mercado, debe tenerse en consideración que si bien hay varias empresas operando, sólo dos de ellas, MOVISTAR y VTR, reúnen en conjunto casi el 80% de participación, siendo la primera de ellas calificada como dominante en telefonía fija, mientras que ambas tienen un liderazgo compartido en banda ancha fija:

³³ En efecto, señala el considerando cuadragésimo segundo de la Sentencia N°97/2010, ya mencionada: *"Que en los informes rolantes a fojas 183 y 2275, en concordancia con los datos incorporados a fojas 1863, se muestra que el mercado chileno de banda ancha fija es un mercado altamente concentrado. En siguiente Tabla 6³³ se muestra que para los años 2007 y 2008 TCH junto a VTR tenían más del 80% de las conexiones en servicio del país, compartiendo un claro liderazgo en este mercado"*. [Énfasis agregado].

³⁴ En apoyo a lo anterior, cabe considerar el crecimiento explosivo que ha experimentando el servicio de banda ancha móvil, ejerciendo con ello una mayor presión competitiva en el servicio de banda ancha fija. En efecto, de acuerdo con la Memoria Anual para el año 2010 de ENTEL, las conexiones de banda ancha móvil en Chile pasaron de representar en el año 2007 el 1% del total, a casi el 40% en el año 2010.

³⁵ En relación con el incentivo de contener la competencia entre dos servicios de similar uso de un mismo operador, el H. Tribunal ha advertido que *"(...) todas las empresas de telecomunicaciones que tienen inversiones con carácter de costos hundidos y que prestan servicios que podrían ser desafiados por los servicios de 3G enfrentarían incentivos similares, de modo que, de acogerse este argumento, también habría que excluir, limitar o condicionar la participación de empresas distintas de los concesionarios de telefonía móvil y, particularmente, de las empresas de banda ancha fija, las cuales tendrían incentivos para ralentizar el desarrollo de la banda ancha móvil para proteger sus propias inversiones (...)"* Resolución N°27/2007 (p. 86).

**Tabla N°3 Participación de Mercado por Proveedor de Acceso a Conexiones Fijas,
Diciembre de 2011³⁶**

Concesionaria	Conexiones	Cuota de Mercado
Movistar	848.441	41,90%
VTR	761.826	37,62%
Claro	194.232	9,59%
GTD	156.310	7,72%
Otros	43.854	2,17%
Entel	20.403	1,01%
Total	2.025.066	100,00%

Fuente: Sitio web SUBTEL. www.subtel.cl

V. CONDICIONES QUE SE SOLICITA FIJAR AL H. TRIBUNAL

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, con el objeto de, por un lado, promover y fortalecer la competencia en los mercados mayoristas y minoristas mediante el incentivo al despliegue de las redes propias por parte de los entrantes, y por otro, prevenir eventuales atentados a la libre competencia que se podrían generar por la dependencia del *roaming* y por el intercambio de información comercial sensible y estratégica entre competidores, esta Fiscalía sugiere que se apliquen las siguientes condiciones para asegurar que VTR y NEXTEL harán un efectivo y eficiente uso del espectro asignado:

V.1. Condición de tráfico mínimo

Como primera medida se propone que, para al cuarto año de vigencia de los contratos de *roaming* celebrados, al menos el 80% del tráfico de los clientes de VTR y NEXTEL, respectivamente, deba ser cursado a través de sus propias redes.

Tal exigencia de tráfico deberá ser también una condición previa y necesaria para la renovación, modificación o celebración de contratos de *roaming* nacional por parte de estos operadores.

Esta condición asegura el uso eficiente del espectro radioeléctrico por parte de las operadoras que han sido adjudicatarias de este insumo escaso y es consistente

³⁶ (1) Incluye Telmex y Chilesat; (2) Incluye Telsur, Telcoy; (3) Incluye Will S.A.

con los objetivos de asegurar redes autónomas por parte de los entrantes, sin la necesidad de establecer una exigencia de independencia total del *roaming* nacional.

Por otra parte, la solicitud de esta condición responde al objetivo que los nuevos concesionarios desplieguen sus propias redes, con capacidad suficiente para atender mayoritariamente su propia demanda, de manera que el *roaming* nacional se constituye sólo en un instrumento complementario y/o temporal.

Respecto a lo último, dada la capilaridad de las redes de ENTEL, MOVISTAR y CLARO, resulta eficiente el uso de estas redes por parte de los nuevos operadores principalmente en localidades rurales donde puede resultar económicamente no rentable el despliegue de redes nuevas. Esto justifica que esta Fiscalía no haya objetado la celebración de los contratos en cuestión ni ninguna de sus cláusulas, y que proponga el establecimiento de una condición que contempla que el 20% del tráfico se pueda prestar a través de redes ajenas de manera permanente. De este modo, el *roaming* seguirá permitiendo otorgar una cobertura de profundidad a VTR y NEXTEL, principalmente en vías subterráneas, carreteras y recintos *in-door*, donde el despliegue propio de redes puede tomar un mayor tiempo. Asimismo, posibilitará entregar servicios con tecnología 2G.

Lo solicitado, por lo demás, es coherente con lo planteado por las propias operadoras, quienes al momento de suscribir los acuerdos de *roaming* señalaron que han previsto la construcción de una red tal que sea suficiente para cubrir un 80% de su propio tráfico³⁷.

Finalmente, vale la pena señalar que una medida similar fue decretada en Nueva Zelanda³⁸. Es así como en el año 2008, la Comisión de Comercio -autoridad de

³⁷ Mauricio Ramos, presidente ejecutivo de VTR, explicó que "la red propia que estamos desplegando busca cubrir el 70-80% del tráfico de voz y datos que vamos a tener, y el porcentaje restante provendrá de este acuerdo". [Énfasis agregado]. En: <http://www.emol.com/noticias/economia/2011/05/05/479887/vtr-utilizara-parte-de-la-red-de-movistar-para-su-servicio-de-telefonía-movil.html>.

³⁸ Commerce Commission (2008), Telecommunications Act 2001: Schedule 3 Investigation into amending the *roaming* service, Final Report, a partir del numeral 137: "The Commission considers that to maintain investment incentives, an access seeker should be required to roll out a network that covers a certain percentage of the New Zealand population. Such a requirement would ensure that any new entrant is committed to rolling out its own network. However, a 100% national roll-out

competencia de dicho país- culminó una investigación cuyo principal objetivo era establecer si el servicio de *roaming* nacional debía o no declararse como obligatorio. La Comisión llegó a la conclusión de que no era necesaria dicha declaración, pero que sí se requerían ciertas modificaciones en la regulación del servicio de *roaming*. Entre dichas reformas, la Comisión señaló que para mantener los incentivos de inversión se debía exigir al operador que solicita el servicio de *roaming* la cobertura de un cierto porcentaje de la población de Nueva Zelanda, estableciéndose éste en 65%, estableciendo que el cumplimiento de esta cobertura mínima es un requisito para la renovación del espectro³⁹.

Para la implementación de esta primera medida, se propone definir zonas separadas sobre la base de densidad de tráfico de servicio móvil, de modo que, para cada una de éstas, como mínimo el 80% del tráfico de los clientes de las entrantes tenga que ser cursado a través de sus redes. Se sugiere, considerando la densidad poblacional como *proxis* del tráfico, una primera zona que comprenda las Regiones XV, I, II, III y IV; una segunda zona de las Regiones V, VI, VII, VIII y Metropolitana; y una tercera zona conformada por las Regiones IX, X, XI, XII y XIV.

En el caso de autos, la verificación de los porcentajes señalados debiese ser realizada por SUBTEL, en atención a su carácter de órgano técnico, al cuarto año de la entrada en vigencia del contrato de *roaming* respectivo⁴⁰.

Por otra parte, y sin perjuicio de la condición de información que se propone a continuación, en caso que VTR y NEXTEL -o alguna de sus relacionadas- decidieren renovar o modificar los contratos de *roaming* vigentes y/o celebrar contratos nuevos, el cumplimiento de la medida de tráfico -verificada por la SUBTEL- deberá ser una condición previa para la suscripción de estos actos.

requirement is particularly stringent and may result in the unnecessary duplication of resources in areas which are uneconomical to do so.

³⁹ *Ibid.*, numeral 138: "The Commission notes that 65% population coverage is one of the requirements for the renewal of the 800 and 900 Mhz spectrum. The Commission understands that this threshold is designed to balance incentives for significant investment with a degree of challenge, and also to encourage the provision of service outside the main centres."

⁴⁰ Sin perjuicio de ello, mientras el contrato esté vigente podría establecerse un protocolo de avance año a año, a través de una carta Gantt que definiera las fechas exactas de estado de avance.

En uno y otro supuesto, una vez realizada la verificación por parte de SUBTEL, los resultados de ésta deberán ser informados a la Fiscalía Nacional Económica en un plazo determinado.

Adicionalmente, de proceder la renovación, modificación y/o suscripción de nuevos contratos de *roaming* nacional, las concesionarias VTR y NEXTEL deberán informar una vez al año a la SUBTEL el promedio anual del tráfico a través de sus redes.

V.2. Condición de informar renovación, modificación y/o suscripción de nuevos contratos de *roaming* nacional a FNE

Como segunda medida, se propone al H. Tribunal ordenar que tanto la renovación y/o modificación de los contratos de *roaming*, así como futuros nuevos contratos de *roaming* que celebren cualquiera de las empresas MOVISTAR, VTR, ENTEL o NEXTEL, o alguna de sus relacionadas, sean informados a esta Fiscalía con 30 días de antelación a su respectiva entrada en vigencia, de modo de prevenir riesgos a la libre competencia como los que se han identificados en autos, pudiendo este Servicio pedir oportunamente las medidas de mitigación y/o condiciones necesarias y suficientes para prevenir riesgos anticompetitivos.

V.3. Condición de resguardo para riesgos de colusión

Como se ha adelantado, el tipo de información que podrían intercambiar competidores a propósito de un contrato de *roaming* puede ser de carácter estratégico y/o sensible, especialmente en cuanto dice relación con planes comerciales, precios, volumen de ventas y ventas totales por concepto de comercialización de planes.

De este modo, y para evitar que los contratos de *roaming* celebrados puedan generar un riesgo de coordinación entre competidores, esta Fiscalía considera adecuado que, conservando el mecanismo de ajuste de precios contemplado en sus convenios, las contratantes adopten un mecanismo en que dicho ajuste se lleve a cabo a través de una empresa auditora externa, a fin de que ésta recolecte

los datos y -conforme los parámetros fijados en el contrato-, determine el índice respectivo para que opere el mecanismo de indexación de precios del *roaming*.

Con todo, parece óptimo que en el caso de los dos contratos de *roaming* nacional celebrados por VTR y NEXTEL, en un plazo que determine este H. Tribunal, dicha información sea requerida por la SUBTEL, a través de su Sistema de Transferencia de Información de Telecomunicaciones ("STI"). De este modo, si bien técnicamente la SUBTEL sería quien pida y reciba la información, el mecanismo como tal será aquel que las partes han definido previamente en cada contrato.

Cabe hacer presente que esta función de la SUBTEL se enmarca dentro del marco normativo actualmente vigente. En efecto, particularmente los artículos 37 de la LGT y 6º letra k del Decreto Ley 1.762, establecen que los prestadores de servicios de telecomunicaciones están obligados a proporcionar los antecedentes e informes requeridos por la SUBTEL, la cual cuenta con facultades coercitivas a dicho respecto⁴¹. A su vez, dicha información podrá ser recabada, sea a través del conducto tradicional (oficio, circular, etc.), o en virtud del STI, que es el mecanismo que permite realizar constantemente un seguimiento del mercado de las telecomunicaciones, para definir políticas y los marcos regulatorios⁴².

De este modo, se podría evitar que información comercial sensible de una compañía sea conocida por su competidora, soslayando así un eventual riesgo de actuar coordinado.

⁴¹ Artículo 37, inciso segundo: **La Subsecretaría podrá requerir de los concesionarios o permisionarios de servicios de telecomunicaciones los antecedentes e informes que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, quienes estarán obligados a proporcionarlos.** En situaciones de catástrofe, los concesionarios de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, para efectos de lo dispuesto en el artículo 7º bis, deberán facilitar a la Subsecretaría la información sobre fallas significativas en sus sistemas de telecomunicaciones que puedan afectar el normal funcionamiento de los mismos. Dichos requerimientos podrán efectuarse por medios electrónicos y deberán entregarse en la forma y oportunidad que al efecto señale el reglamento que dicte el Ministerio. **La negativa injustificada a entregar la información o antecedentes solicitados o la falsedad en la información proporcionada será castigada con las penas del artículo 210 del Código Penal, con la salvedad que la multa no podrá ser inferior a cinco ni superior a quinientas unidades tributarias mensuales.** Artículo 38, inciso primero: **Se considerará como infracción distinta, cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones de esta ley o de sus reglamentos, después de la orden y plazo que hubiere recibido de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.** [Énfasis agregado]

⁴² El STI fue creado mediante Resolución Exenta N° 159, de 2006.

La mencionada medida, H. Tribunal, no tiene por objeto afectar la vigencia o el alcance de los contratos de *roaming* celebrados, sino que únicamente fijar condiciones para su ejecución futura que prevengan riesgos de coordinación como los que se han advertido.

VI. PROPOSICIÓN AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DEL MINISTRO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES, DE DICTACIÓN DE PRECEPTOS REGLAMENTARIOS

En ejercicio de las atribuciones de este H. Tribunal establecidas en el N°4) del artículo 18 del DL 211, esta Fiscalía solicita que el reglamento sobre colocación de antenas, que al efecto dicte la autoridad sectorial en virtud de lo dispuesto en la Ley de Antenas, adecúe el procedimiento sobre tramitación y resolución de reclamos de servicios de telecomunicaciones contemplado en el Decreto Supremo N°556, del MTT, de 17 de julio de 1998 ("DS N°556"), cuyo texto refundido fue fijado por Decreto Supremo N° 533 del año 2000, del mismo MTT - reglamento bajo cuyos disposiciones se tramitarán las negativas de colocación⁴³-, de modo tal que se establezca un sistema público y automatizado de reclamos.

El inciso séptimo del artículo 19 bis de la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, introducido por el artículo 2, N°4), de la Ley de Antenas, establece: *"Mediante un reglamento se regularán y establecerán las condiciones del ejercicio del derecho que confiere este artículo para recurrir ante la Subsecretaría."*

⁴³ En el artículo 1, Título I, del Reglamento citado se dispone que: *"El presente reglamento deberá aplicarse a los reclamos que se formulen por, entre o en contra de concesionarios, usuarios y particulares en general, y que se refieran a cualquier cuestión derivada de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, de los cuerpos reglamentarios y de los planes y normas técnicas, cuyo cumplimiento deba ser vigilado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades y atribuciones que otros organismos tengan en la materia. Dichos reclamos serán resueltos en la forma que a continuación se señala"*. Por su parte, el inciso primero del artículo 16°, ubicado en el Título III del mismo reglamento, y que regula el procedimiento de reclamos entre concesionarios que se aplicaría en los casos de discrepancia sobre colocación, establece que: *"Los reclamos que se deduzcan por, entre o en contra de concesionarios, usuarios y particulares que no se encuentren regulados en el Título II de este reglamento y que se refieran a cualquier cuestión derivada de la ley, de los cuerpos reglamentarios, planes y normas técnicas, se presentarán directamente ante la Subsecretaría o las Seremitt, en cuyo caso, deberán ser puestos a disposición de la Subsecretaría dentro del tercer día"*.

Por otra parte, el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: *“En caso que el concesionario requerido se negare a una solicitud de colocalización, el concesionario requirente podrá recurrir a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, conforme con el artículo 28 bis, debiendo acompañar los antecedentes relativos a los requerimientos técnicos asociados a la solicitud de colocalización”*.

Considerando el tenor de las disposiciones transcritas, esta Fiscalía estima conveniente que el Reglamento que al efecto dicte la autoridad adecúe el procedimiento sobre tramitación y resolución de reclamos de servicios de telecomunicaciones contemplado en el DS N°556 citado, a fin de que la co-ubicación de antenas o sistemas radiantes se materialice de forma oportuna y expedita, aun en caso de concurrir negativa de parte del requerido.

Para lo anterior, y considerando las características del procedimiento consagrado normativamente, esta Fiscalía estima conveniente, a lo menos para el caso de negativa a colocalización -en reemplazo del procedimiento reglamentado-, establecer un sistema público y automatizado de reclamos⁴⁴.

A fin de cumplir dicho objetivo, se propone la habilitación de un banner en la página web de SUBTEL, en el cual, por una parte, conste un registro público de negativas a colocalización (con individualización de datos relevantes: empresa requerida y requirente, causal invocada, fundamento de la negativa, ubicación del emplazamiento, etc.), y por otra, la posibilidad de presentarse el reclamo por la empresa requirente a través de vía electrónica.

Asimismo, conforme los lineamientos que el propio Reglamento establece en su artículo 30⁴⁵, se propone que la negativa de la empresa requerida -invirtiendo con ello el peso de cargo y de prueba- sea fundada en el acto, bajo apercibimiento de que la autoridad fiscalizadora (SUBTEL) la declare inadmisibles. De esta forma, en el mismo acto de negativa debiesen acompañarse los antecedentes concretos que respalden la causal de negativa invocada y sus correspondientes fundamentos.

⁴⁴ Artículo 16 DS N°556: *“Los reclamos podrán presentarse personalmente o por representante, por mano, correo o fax o por otros medios que se habiliten para estos efectos.”* (inciso segundo).

⁴⁵ Artículo 30 DS N°556: *“Respecto de los reclamos o insistencias carentes de fundamento plausible, o que se refieran a materias manifiestamente ajenas a la competencia de la Subsecretaría, podrá ésta desecharlos de plano, sin darles tramitación”*.

Asimismo, se considera adecuado reducir los plazos que al efecto establecen los artículos 17 (plazo de reclamo: 20 días), 18 (plazo de informe a SUBTEL: 10 días prorrogables) y 19 (plazo de resolución de SUBTEL: 20 días) del Reglamento.

En línea con lo sugerido, se propone cambiar la forma de notificación del procedimiento establecida en el artículo 27⁴⁶ del DS N°556 por una notificación por correo electrónico.

Todo lo anterior, sin perjuicio de otras medidas, de idéntica índole que pueda recomendar ese H. Tribunal, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 18 N° 4 del DL 211, y teniendo en consideración el texto definitivo de la Ley de Antenas publicado en el Diario Oficial el 11 de junio de 2012, en el que cabe destacar la supresión de los antiguos incisos sexto y séptimo del artículo 19 bis del proyecto sometido a control de constitucionalidad⁴⁷ que consagraban la figura del árbitro arbitrador para el caso de no verificarse acuerdo entre los

⁴⁶ Artículo 27 DS N°556: *"Todas las notificaciones que deban efectuarse en el procedimiento, se harán por carta certificada y se entenderán practicadas una vez transcurridos 5 días hábiles contados desde la recepción de la carta en la Oficina de Correos correspondientes"*.

⁴⁷ *"En caso de no existir acuerdo entre los operadores en el monto a que deben ascender los pagos por la colocalización, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se materializó la respectiva colocalización, se deberá someter la controversia al conocimiento y fallo de un árbitro arbitrador, designado de la manera que establece el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales. El árbitro estará obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes al momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. En consecuencia, no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte."*

Para los efectos del fallo, el árbitro considerará que el concesionario requirente deberá hacerse cargo de todos los costos y gastos de inversión que sean consecuencia de la colocalización a que se refiere este artículo, incluyendo las inversiones adicionales que puedan ser requeridas para soportar sus nuevos sistemas radiantes. En particular, si como consecuencia de dichas inversiones adicionales, se altera la altura o la envergadura de la infraestructura de soporte de antenas, las autorizaciones y requisitos que se establecen en la ley para el emplazamiento deberán ser asumidos plenamente por el requirente.

Asimismo, serán de su cuenta, a prorrata de la proporción en que utilice la parte útil de la torre soporte de antenas respectiva, tanto los costos y gastos necesarios para su operación y mantenimiento, como también el costo equivalente al valor nuevo de reemplazo de dicha torre, entendido como el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos necesarios para su emplazamiento, y a su vez otros, tales como los intereses intercalarios, las rentas de arrendamiento y otras semejantes, las compensaciones o indemnizaciones, los derechos o los pagos asociados a eventuales servidumbres, todo ello calculado según la tasa de descuento correspondiente.

Entre los derechos, no se podrán incluir los que haya concedido el Estado a título gratuito ni los pagos realizados en el caso de concesiones obtenidas mediante licitación."

operadores en el monto a que deben ascender los pagos por la colocalización. En lo que dice relación con esto último, la Fiscalía estima adecuado su restablecimiento⁴⁸, a fin de otorgar certeza y expedición a los requerimientos de co-ubicación, dado que las empresas incumbentes tienen estímulos para utilizar el precio como una forma de desincentivar la colocalización, aun cuando no pudieren bloquearla de modo absoluto, en atención a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 19 bis de la LGT⁴⁹.

Como se ha expuesto, se espera que el establecimiento y regulación del derecho a colocalización dispuestos en la Ley de Antenas agilice el despliegue de redes de los entrantes y rompa con la tradicional negativa por parte de los operadores móviles incumbentes. Ello, teniendo en consideración que estos últimos carecen de incentivos a proveer colocalización en sus torres, toda vez que ello apresuraría el despliegue de las redes de los entrantes, con lo cual no solo se verían reducidos sus ingresos en el mercado minorista como consecuencia de una mayor competencia entre infraestructuras, sino que, también, aquellos provenientes del *roaming*.

En definitiva, lo que se busca con esta medida es que el procedimiento referido no sólo cumpla con estándares de expedición y flexibilidad y se constituya en un vehículo de control a potenciales prácticas anticompetitivas de las compañías móviles, sino que, por sobre todo, desincentive la oposición de las propietarias de infraestructura (mismas incumbentes propietarias de las redes) a que las nuevas compañías móviles pueden co-ubicarse en sus torres y acelerar el despliegue de sus redes, generando una mayor competencia en el mercado.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2) y 4), 31 y 39 del Decreto Ley N° 211,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: tener por interpuesto el presente asunto de carácter no contencioso, someterlo al

⁴⁸ Teniendo en cuenta los vicios de constitucionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 16 de mayo de 2012, Rol N° 2.191-12 CPR.

⁴⁹ "Resuelta a favor del requirente la controversia, el requerido deberá permitir de inmediato la colocalización. El inicio del servicio asociado a la solicitud de colocalización deberá realizarse dentro del plazo que señale el respectivo proyecto técnico, el que en todo caso no podrá ser superior a 90 días."

procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, acogerlo en todas sus partes y, en definitiva:

A) En ejercicio de las facultades que le concede el artículo 18 N°2 del DL 211, se pronuncie sobre las condiciones en que VTR y NEXTEL deberán hacer uso del espectro radioeléctrico que se les asignó en el concurso "3G"; y, en definitiva, fije las siguientes y/o las demás que estime procedentes:

i) Que para al cuarto año de vigencia de los contratos de *roaming* celebrados, al menos el 80% del tráfico de los clientes de VTR y NEXTEL, respectivamente, deba ser cursado a través de sus propias redes, del modo en que se ha detallado en esta presentación;

ii) Que tanto la renovación y/o modificación de los contratos de *roaming*, así como futuros nuevos contratos de *roaming* que celebren cualquiera de las empresas MOVISTAR, VTR, ENTEL o NEXTEL, o alguna de sus relacionadas, sean informados a esta Fiscalía con 30 días de anticipación a su respectiva entrada en vigencia; y

iii) Que el mecanismo de reajuste de precios establecido en los contratos de *roaming* nacional se lleve a cabo a través de una empresa auditora externa, a fin de que ésta recolecte los datos y, conforme los parámetros ya fijados, determine el índice respectivo para que opere el mecanismo de indexación de precios del *roaming*.; y,

B) Que, en aplicación de la potestad consagrada en el artículo 18 N°4 del DL 211, proponga al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la dictación de los preceptos reglamentarios referidos en el artículo 19 bis de la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, introducido por la Ley N°20.599 ("Ley de Antenas"), con el objeto de regular de manera expedita el procedimiento que hace posible y efectivo el ejercicio del derecho a colocalización de las mismas.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados, bajo confidencialidad, los siguientes documentos:

1. Contrato de Marco *Roaming* Nacional celebrado entre Centennial Cayman Corp. Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A., de fecha 10 de agosto de 2011, y

2. Contrato de *Roaming* Nacional celebrado entre Telefónica Móviles Chile S.A. y VTR Móvil S.A., de fecha 1° de febrero de 2011.

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°15/2012 de ese H. Tribunal, acompaño versiones públicas de los documentos individualizados en el primer otrosí de esta presentación.

TERCER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7/2006 de ese H. Tribunal, solicito a S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo N° 211, de 4 agosto de 2010, de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia en la Secretaria de ese H. Tribunal.

Asimismo, solicito a ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía doña María Soledad Krause Muñoz, don Hernán Rodríguez Flores, y don Jorge Grunberg Pilowsky, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar indistintamente, de forma conjunta o separada, y que firman el presente escrito en señal de aceptación.