

ANT.: Investigación reservada por denuncia de particular contra Telefónica Móviles Chile S.A. Rol FNE N°: 1544-09.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, - 4 SEP 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Sugiero a usted el archivo de la investigación de Antecedente, en base al análisis que se expone a continuación:

I. ANTECEDENTES

I.1. Denuncia

1. De acuerdo a los antecedentes proporcionados por la denunciante, con fecha 10 de agosto de 2009 Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante, "**Movistar**") le remitió una carta señalando que había tomado conocimiento de que ésta se encontraba *"inyectando mensajes de texto masivos (SMS) de publicidad de terceras empresas en la red de mi representada, lo que ha generado molestias en nuestros usuarios. Lo anterior no se ajusta a las estipulaciones del Contrato de Operabilidad del Servicio de Mensajería Corta de Texto (SMS) suscrito con fecha 1° de febrero de 2008."*
2. Conforme la presentación aludida, la cláusula tercera del referido contrato establece que el servicio no comprende el acceso de mensajes de texto masivos o cualquier servicio de valor agregado distinto a un SMS propiamente tal. Movistar invoca la cláusula séptima del instrumento que *"establece una expresa prohibición de enviar spam, publicidad de cualquier naturaleza, avisos o contenidos que atenten contra la moral y las buenas costumbres tipificados como delito por la legislación nacional, a través del envío, recepción y notificación de mensajes cortos de texto"*.

3. Acto seguido, Movistar informa a la denunciante que, de continuar dicha conducta, hará uso de su derecho de poner término inmediato al servicio, concluyendo que está dispuesta a analizar comercialmente la referida situación.
4. A través de presentación de fecha 18 de agosto de 2009, la denunciante junto con responder la misiva de Movistar, pone en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") los antecedentes aludidos, señalando que: *"Ningún concesionario - incluido Movistar - está facultado para imponer restricciones a sus abonados, en cuanto a la calidad y cantidad de sus comunicaciones y/o mensajes de texto."*
5. Con fecha 15 de febrero de 2010, se resuelve instruir investigación reservada en contra de Movistar, dado que los antecedentes acompañados por la denunciante dan cuenta de exigencias posiblemente abusivas respecto de empresas que operan en el mercado de la mensajería corta.
6. En el contexto de las primeras diligencias de la investigación, la denunciante complementa su denuncia¹ señalando que las compañías telefónicas se interconectan a través del protocolo SS7², pero con un tercero lo harían a través del protocolo SMPP³, dando cuenta de antecedentes referidos al otorgamiento de condiciones discriminatorias por parte de todos los operadores móviles.
7. En base a los nuevos antecedentes aportados, con fecha 15 de marzo de 2010, se resuelve ampliar la investigación instruida, sobre eventuales infracciones a la libre competencia en el mercado de la mensajería corta a las empresas Claro Chile S.A. ("**Claro**"), Entel PCS Telecomunicaciones y Entel Telefonía Móvil S.A. (ambas "**Entel**").

¹ En declaración prestada en Fiscalía con fecha 03 de marzo de 2010.

² Sistema de señalización N° 7, es un conjunto de protocolos de señalización telefónica. Su principal función es originación y terminación de llamadas, envío de SMS, traducción de números, entre otros.

³ Short message peer to peer, protocolo para enviar y recibir mensajería corta entre dos pares.

I.2. Relación entre denunciante y empresas investigadas

8. La denunciante es una empresa concesionaria de servicio público telefónico local⁴, que presta servicios de voz sobre internet además de mensajería corta, especialmente a grandes empresas y organizaciones que requieren contactar a sus clientes para diferentes fines, entre ellos, marketing, cobranza, entrega de información, etc.
9. Por su parte, las principales compañías de telefonía móvil - Movistar, Entel y Claro - son empresas concesionarias telefónicas que prestan una serie de servicios como son: voz, transmisión de datos, internet, *roaming* internacional, mensajería (que comprenden los SMS y MMS), entre otros.
10. Para poder prestar el servicio de mensajería corta - a través de mensajes de su propia originación -, tanto la denunciante, como cualquier interesada en prestar el servicio, necesitan tener acceso a la red de las otras operadoras móviles.
11. En efecto, en lo que concierne al ámbito de los servicios derivados de las interconexiones, materia regulada en el artículo 25⁵ de la Ley 18.168, de

⁴ De conformidad al Decreto de que da cuenta Anexo Confidencial N° 1.

⁵ **Será obligación de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones y de los concesionarios de servicios intermedios que presten servicio telefónico de larga distancia, establecer y aceptar interconexiones, según las normas técnicas, procedimientos y plazos que establezca la Subsecretaría de Telecomunicaciones, con objeto de que los suscriptores y usuarios de servicios públicos de un mismo tipo puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional.*

En el caso de interconexiones entre redes de servicio público telefónico y redes de servicios intermedios de telecomunicaciones, para cursar comunicaciones de larga distancia, será de la exclusiva responsabilidad del concesionario de servicios intermedios de telecomunicaciones acceder a la red local de cada zona primaria en el o los puntos de terminación de red fijados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Asimismo, será obligación del concesionario de servicio público telefónico establecer las interconexiones con redes de servicios intermedios que le sean solicitadas en dichos puntos, según las disposiciones del artículo 24 bis y su reglamento.

El concesionario de servicios intermedios que deba proveer servicios de larga distancia a otros concesionarios del mismo tipo, según lo dispuesto en el inciso décimo del artículo 24 bis, estará obligado a aceptar y establecer las interconexiones que le sean solicitadas con ese propósito. En este caso será de exclusiva responsabilidad del concesionario que solicite la interconexión acceder a la red preexistente, en los puntos de interconexión fijados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

En el caso de interconexiones entre redes de servicio público telefónico de distintos concesionarios, en una misma zona primaria, para cursar comunicaciones locales, será de la

1982, General de Telecomunicaciones ("LGT"), es claro que se configura un caso de mercado monopolístico *per se*. Ello, en virtud de que cada compañía de servicio público telefónico o de servicio público *del mismo tipo*, según sea el caso, al ser titular de sus redes, se constituye en un oferente monopólico del servicio de acceso a las mismas para efectos de terminar una comunicación originada en una compañía distinta pero destinada a un abonado suyo⁶.

12. En base a lo anterior, se puede concluir que la capacidad que tiene la denunciante de prestar sus servicios, dentro de los cuales se incluye la mensajería corta masiva con fines publicitarios, depende críticamente de la disponibilidad en el acceso a la red que le entregan estas empresas.

II. MERCADO RELEVANTE⁷

II.2. Definición

13. El mercado relevante afectado por la denuncia corresponde al servicio de terminación de datos de mensajería corta - texto y/o multimedia -, de carácter masivo, en el territorio nacional, para fines de marketing, publicidad, información y/o cobranza, etc.
14. No se considera como sustituto las llamadas de voz, pues ambos tipos de comunicación tienen diferentes características que hacen que estos

exclusiva responsabilidad del nuevo concesionario acceder a la red preexistente en los puntos de terminación de red fijados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Los precios o tarifas aplicados entre los concesionarios por los servicios prestados a través de las interconexiones, serán fijados de acuerdo a lo establecido en los artículos 30 a 30 J de esta ley."

⁶ Esta situación ha sido reconocida por el H. Tribunal, con ocasión de la dictación de la Sentencia N° 88/2009, en juicio caratulado "Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.", Considerando quincuagésimo octavo: "(...) por el solo hecho de ser el único proveedor del insumo que resulta esencial para dar el servicio de terminación de llamadas en su red, (Telefónica Móviles de Chile) cuenta con un significativo poder de mercado. Lo anterior también podría afirmarse respecto de aquellas otras empresas de telefonía móvil que prestan el mismo servicio."

⁷ De acuerdo a la Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, se entiende por mercado relevante de producto el "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". Por otro lado, la FNE entiende delimitado el mercado relevante geográfico por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto de un producto o grupo de productos relevantes. Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, pág. 14.

servicios no sean directamente sustituibles, por ejemplo: volumen de datos que es posible enviar y el hecho de que con la mensajería la información es entregada en momentos distintos de tiempo.

II.1. Actores y evolución del mercado de mensajería corta

15. Dentro del mercado chileno de originación y terminación de la comunicación a través de la mensajería corta, existen dos tipos de empresas:
 - Empresas integradoras: que se caracterizan por no ser titular de concesión de servicios de telecomunicaciones y no poder generar mensajería por sí mismas, entre las cuales destacan Celmedia, Tiaxa, Creat8, Cimatech, Andinatech, Mzzo, AMS y Terra; y,
 - Empresas telefónicas: que tienen concesión de servicio público telefónico y que tienen la capacidad de generar mensajes, grupo al cual pertenece la denunciante y los operadores móviles.

16. Cabe hacer hincapié que, en el caso de las empresas integradoras, éstas acceden a la red a través de convenios que celebran con las empresas telefónicas, en cuya virtud se establece las condiciones de contratación del servicio de mensajería. La situación es distinta para la denunciante que, al ser una empresa concesionaria de servicio público, no necesita contratar la compra de mensajes, ni ningún tipo de servicio adicional con las empresas telefónicas para poder prestar sus servicios, siendo lo único que necesita de los operadores móviles interconexión para tener acceso a su red⁸.

17. De acuerdo a lo anterior, la relación entre las empresas telefónicas se reduce al pago de cargos de acceso (situación que de todas formas se reglamenta a través de contratos de interconexión e interoperabilidad entre las respectivas compañías). La figura número 1, resume la situación descrita.

⁸ Obligación establecida en el artículo 25 de la LGT, según se reproduce en pie de página N° 3 del presente informe.

Figura N° 1
Esquema mercado mensajería corta de texto masiva



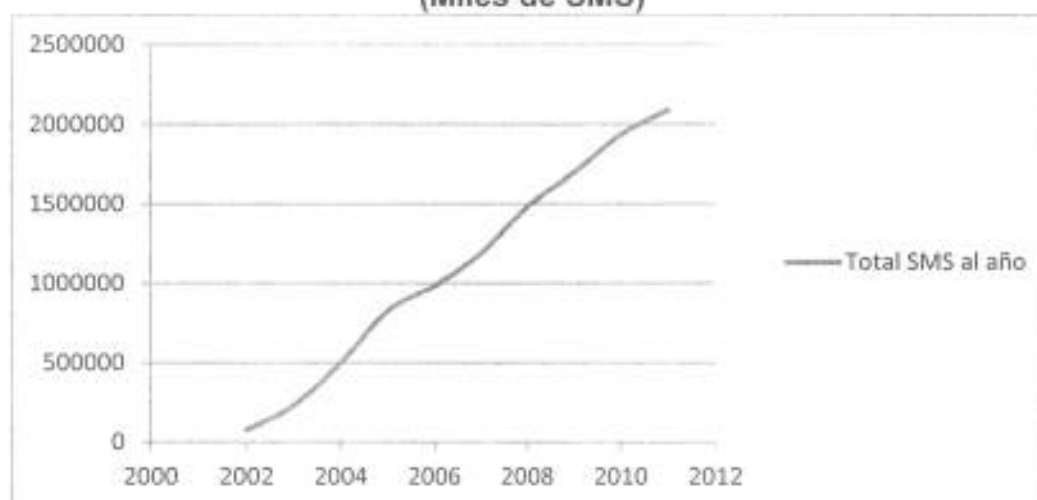
Fuente: Elaboración propia en base a información aportada al proceso.

18. Conforme la diferencia apuntada, se infiere que la denunciante tiene una estructura de costos distinta a aquella que se verifica en las empresas integradoras. En efecto, estas últimas deben comprar los mensajes cortos a los operadores móviles, y luego venderlos incluyendo un margen por la operación, lo que aumentaría el precio de sus servicios. En cambio, la denunciante, al tener la capacidad de generar u originar, por su propia cuenta, los mensajes, presenta menores costos de operación, pudiendo cobrar consecuentemente menores precios por sus servicios, hecho que podría generar a su vez, una mayor presión competitiva en el mercado.
19. Por otra parte, es importante destacar que el mercado de mensajería corta ha evolucionado positivamente en los últimos años, siendo cada vez más utilizado, hecho que puede explicarse en ser la mensajería corta de texto (SMS) o multimedia (MMS) un medio de comunicación más barato, rápido y preciso⁹.

⁹ Información disponible en el informe "Tecnología de las Telecomunicaciones", diciembre 2006, página 511. Autores: José Manuel Huidobro y otros.

20. En efecto, según información de la Subsecretaría de Telecomunicaciones ("Subtel"), se observó una tasa de crecimiento promedio de 55% entre el 2002 y 2011, aumentando alrededor de un 14% entre los años 2009 y 2010, y 8% aproximadamente el año 2011, pasando de 1.934.034 mensajes enviados el 2010 a 2.088.486 durante el 2011. El Gráfico 1 resume la evolución en el número de mensajes enviados entre los años 2002 y 2011, observándose una tendencia al alza.

Gráfico 1
Evolución del total de los mensajes enviados años 2002-2011
(Miles de SMS)



Fuente: Elaboración propia en base a información sobre Tráfico cursado por redes de telefonía móvil de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, disponible en <http://www.subtel.gob.cl>. [Última visita 20 de agosto de 2012]. El total de mensajes enviados por Movistar, Entel y Claro para el periodo 2008-2010, se puede apreciar en Anexo Confidencial N° 2.

21. En particular, para la denunciante¹⁰, el mercado de la mensajería constituye una importante fuente de ingresos, según da cuenta Anexo Confidencial N° 3.

III. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

22. Como se mencionó anteriormente, la denunciante para poder dar terminación a los servicios que presta en la mensajería corta, necesita acceder a la red que poseen los operadores móviles, pues solo así se

¹⁰ Según declaración prestada en FNE, con fecha 03 de marzo de 2010.

permite que el servicio de mensajería corta llegue a los suscriptores y/o usuarios finales de las empresas telefónicas.

23. Tanto Movistar, como Entel y Claro (actualmente también VTR y Nextel), poseen el monopolio en el acceso a la red que necesitan aquellas empresas que participan en el mercado de mensajería corta, acceso necesario para que el mensaje pueda llegar a sus respectivos destinatarios (suscriptores y/o usuarios de los operadores móviles).
24. Descrita la relación entre las empresas del rubro, y que se hace pertinente para las conductas imputadas, procede su análisis pormenorizado.

III.1. Prohibición de terminación de mensajería corta masiva

a. Infracción a normativa de telecomunicaciones

25. En primer lugar, la denuncia interpuesta recae, en el hecho de que Movistar amenazó con terminar el contrato con la denunciante, a causa de que ésta se encontraba enviando mensajes de textos masivos a sus usuarios, hecho que no es permitido según estipulaciones específicas del contrato en cuestión, cláusulas tercera y séptima del Contrato de Operabilidad del Servicio de Mensajería Corta de Texto, suscrito por las partes el 1° de febrero de 2008. Similares cláusulas pueden apreciarse en los contratos suscritos con las restantes operadoras móviles, según da cuenta Anexo Confidencial en su N° 4.
26. En lo referente a la conducta desarrollada por Movistar en cuanto a *“terminar el contrato que involucra a ambas partes, a causa de que la denunciante se encontraba enviando mensajes de textos masivos a sus usuarios”*¹¹, cabe señalar respecto a dicha posibilidad que, de hacerse efectiva, aquella podría involucrar una infracción a lo dispuesto en el artículo 25 de la LGT, que establece el deber de interconexión entre los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones; contravención

¹¹ Énfasis agregado.

que - por su especial gravedad¹² -, tiene contemplada una sanción específica en el inciso quinto del artículo 36 bis de la LGT¹³.

27. En base a lo anterior, y de modo preliminar cabe señalar que, de verificarse la hipótesis conductual denunciada aquella importaría en primer término una grave violación a la normativa de telecomunicaciones. Elucidación que se ve refrendada en lo dictaminado por la Subtel, a través de Ord. N° 30.397, de 26 de enero de 2009, en cuanto desestima la denuncia presentada, dado que *"con fecha 01 de septiembre de 2007 su representada suscribió un <<Contrato de Interconexión>> y posteriormente con fecha 01 de febrero de 2008 suscribe <<Contrato de Operabilidad del Servicio de Mensajería de Texto (SMS)>>, por tanto no hay infracción a la normativa de telecomunicaciones"*.
28. Considerando lo anterior, cabe colegir que, de iniciarse los procedimientos conducentes al término del contrato de interconexión entre la denunciante y alguno de los operadores móviles, fuera de que el asunto debiera ventilarse en sede sectorial, de conformidad a lo regulado en los artículos citados; en dicho evento tampoco podrían las compañías telefónicas que reclamen el derecho a resolver el contrato interrumpir la interconexión establecida, según lo establecido en la disposición reproducida en la nota pie N° 13 del presente informe, en cuanto a que: *"(...) Intertanto se tramiten tales reclamaciones o acciones no podrá suspenderse la interconexión, a menos que la autoridad administrativa u órgano jurisdiccional correspondiente la decrete expresamente"*¹⁴.
29. De esta forma, el hecho que Movistar haya informado a la denunciante sobre la terminación del contrato en la eventualidad de continuar enviando

¹² En atención a que tiene por objeto que los suscriptores y usuarios de servicios públicos de un mismo tipo puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional.

¹³ *"La obstaculización, entorpecimiento o retardo en aceptar y establecer la interconexión, por cualquier medio que sea, constituirá una infracción que será sancionada con multa no inferior a 1.000 UTM ni superior a 5.000 UTM, sin perjuicio de la indemnización a que tengan derecho el o los concesionarios afectados por la infracción. Intertanto se tramiten tales reclamaciones o acciones no podrá suspenderse la interconexión, a menos que la autoridad administrativa u órgano jurisdiccional correspondiente la decrete expresamente."*

¹⁴ Énfasis agregado.

mensajes masivos, no se conformaría como una "amenaza creíble", atendido lo mencionado precedentemente respecto de las sanciones existentes en la normativa del ramo en la eventualidad de terminar la interconexión.

b. Negativa de suministro

30. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y considerando que el hecho que la Subtel tenga competencia expresa para fiscalizar la situación denunciada no implica que la Fiscalía no pueda analizar dicha conducta; a la luz de la prohibición existente en el contrato respectivo, se analizará la cláusula dispuesta como una negativa de suministro por parte de los operadores móviles (Movistar, Entel y Claro), reflejada en la negación del acceso a la red respectiva por parte de la denunciante con el fin de terminar mensajería masiva para fines de marketing, publicidad, información y/o cobranza, etc.
31. Para que se configure la figura negativa de suministro, se requiere¹⁵:

¹⁵ Los efectos de dicha negativa pueden ser evaluados, además, por la eliminación efectiva de la competencia y por la existencia de perjuicios para los consumidores. De acuerdo a requisitos necesarios para la denegación de suministro en "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes". También *The Essential Facilities Concept*, OECD Policy Roundtables, 1996. Lo anterior es consistente con la doctrina del H. Tribunal de la Libre Competencia, quien en procedimiento Rol C 23-04, caratulado "Avocación en Recurso de Reclamación de UIP Chile Ltda. y Andes Films S.A., contra el dictamen N° 1277 de la H. CPC, dispuso en su Sentencia N° 16 de 2005, en su considerando vigesimocuarto que: "Al respecto, la jurisprudencia de los organismos de defensa de la libre competencia ha establecido lo que debe considerarse como negativa de venta, que en este caso debe entenderse ampliamente, tal como lo hace el derecho de la libre competencia estadounidense, que ha acuñado la expresión "refusal to deal" para referirse a la conducta excluyente que consiste en negarse injustificadamente a contratar abusando de una posición de dominio. La negativa a contratar constituye una restricción competitiva en la medida que impida a un agente de mercado acceder libremente, y en igualdad de condiciones con sus competidores, al abastecimiento de bienes o servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad económica. Sólo podrá negarse la celebración de un contrato o la prestación de servicios cuando el productor o prestador establezca condiciones generales, objetivas y razonables para comercializar su producto o servicio, y éstas no fueren aceptadas por el cliente. Asimismo en el considerando séptimo de su Resolución N° 19/2006, NC 151-06 "Consulta de PACX South America S.A.", establece: "Séptimo. Que respecto de la licitud de dicha negativa de venta, este Tribunal considerará, como lo ha hecho la H. Comisión Preventiva Central en el Dictamen N°1.016, de 22 de agosto de 1997, que para que se configure una conducta de "negativa de venta" contraria a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias generales: Que una persona vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica; Que la causa que impida a esa persona acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y, Que la referida persona esté dispuesta a

- a. Que el insumo sea controlado por una empresa con posición de dominio aguas arriba;
 - b. Que sea un insumo esencial, de difícil replicación;
 - c. Que exista una denegación de venta de dicho insumo; y,
 - d. Que sea factible la provisión del suministro.
32. En primer término cabe señalar que, los operadores móviles poseen una posición de dominio sobre el insumo en comento¹⁶, al ser los únicos que ostentan red (concesiones de espectro radioeléctrico) para la provisión de sus servicios, y se trataría, además, de una necesidad esencial u objetiva para la denunciante, debido a que sin el acceso a la red de Movistar, Claro y Entel (y ahora VTR y Nextel) no sería posible prestar los servicios en cuestión. De este modo, los dos primeros requisitos enunciados se verifican en la situación denunciada.
33. En relación a la factibilidad de la provisión del insumo, se constata que las operadoras móviles poseen la capacidad de permitir el envío de mensajería masiva, reflejado en el hecho que venden mensajes con tales fines a las empresas integradoras, además de explicitar en los propios contratos con operadoras como la denunciante las condiciones técnicas para la adecuada operabilidad del servicio, como son: definición de protocolo para el uso de

aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente al proveedor la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita". Asimismo en procedimiento Rol C 96-06 "Demanda de Micom S.A. contra Enap", en la Sentencia N° 64 de 18 de abril de 2008, establece en su considerando undécimo que: "Que, tal como se estableció en la Resolución N° 19 de 7 de diciembre de 2006, este Tribunal considera que para que se configure una conducta de negativa de venta, o en términos más generales, una negativa a contratar, contrarias a la libre competencia, deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias: (i) Que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica; (ii) Que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y (iii) Que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita." En similar sentido: Procedimiento Rol C- 126-07, caratulado "OPS Ingeniería Limitada y otros con Telefónicas Móviles de Chile", Sentencia N° 88 de 15 de octubre de 2009 (considerando Centésimo cuadragésimo segundo).

¹⁶ En base a lo señalado en Sentencia N° 88/2009, en juicio caratulado "Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.", Considerando quincuagésimo octavo, reproducido en nota a pie de página N° 6. Sin perjuicio de ello, el sólo hecho que un operador móvil deniegue el suministro tendría como consecuencia la inexistencia de una competencia eficaz por parte de los demandantes del insumo esencial.

plataformas, detalles de la conexión, e incluso, la posibilidad de establecimiento de tráfico máximo (ya sea por una delimitación a la cantidad de mensajes o el ancho de banda asignado para el tráfico correspondiente).

34. Sin embargo, en relación al requisito que exista una denegación de venta del insumo requerido, cabe señalar, de conformidad a lo establecido en el acápite precedente que, el hecho que Movistar haya informado a la denunciante sobre la terminación del contrato en la eventualidad de continuar enviando mensajes masivos, no constituye una "amenaza creíble", en atención a la entidad de las sanciones existentes en la normativa del ramo en la eventualidad de terminar la interconexión.
35. Conforme lo anterior, al ser insuficiente la mera estipulación contractual de la prohibición señalada considerando las consecuencias de ella en el evento de llevarse a cabo (y según lo establecido en el pronunciamiento dado a este respecto por la Subtel) no concurre a este respecto la conducta de negativa de suministro, al no verificarse una denegación efectiva del insumo en cuestión - más aun si, como señala Movistar en la correspondencia citada en Antecedente *"está dispuesta a analizar comercialmente la referida situación"* -, razón por la cual deberá desestimarse la configuración de la figura en análisis.
36. Finalmente, y en apoyo de lo precedente, cabe a su vez aportar que, de conformidad a lo informado por la denunciante¹⁷, y pese a lo estatuido inicialmente en los contratos cuya copia ha sido acompañada a la investigación, la hipótesis conductual reprochada no ha sido verificada en la práctica. En efecto, con fecha 10 de mayo del presente año, se comunicó a la Fiscalía que: *"(...) desde hace aproximadamente dos años que mi representada provee el servicio de mensajería corta"*. Asimismo, informa el volumen mensual de mensajes cursados y su facturación, según da cuenta N° 6 de Anexo Confidencial.

¹⁷ En respuesta al oficio RES N° 0121, de 23 de marzo de 2012, reiterado a través de oficio RES N° 0515, de 17 de abril de 2012,

37. Por las razones expuestas, es que procede desestimar la primera de las conductas denunciadas.

III.2. Discriminación en protocolo

38. La segunda conducta denunciada, consiste en que los operadores móviles, Movistar, Entel y Claro, estarían realizando otra actividad anticompetitiva en el mercado de terminación de mensajería corta, que guarda relación con el hecho de que dichas empresas telefónicas estarían restringiendo el libre acceso al protocolo SS7, uno de los dos protocolos mediante los cuales se puede originar mensajería.
39. Dicha política de restringir el acceso al protocolo SS7, se fundamenta, según palabras de la denunciante¹⁸, en el hecho de que en dicho protocolo es muy difícil medir el volumen y el peso del envío de mensajes de texto, pues en este protocolo, también circula la comunicación por voz; de modo que, para poder tener un mayor control del contenido y flujo de la información que se transmite vía mensajería corta, las empresas telefónicas utilizan el protocolo SMPP, único protocolo al cual puede acceder actualmente la denunciante para terminar sus servicios.
40. Así, al restringir el acceso al protocolo SS7 a la empresa la denunciante, se estaría incurriendo en una discriminación por parte de las empresas telefónicas, en contra de la denunciante, que corresponde también a una empresa telefónica y tiene la misma concesión pública que sus contrapartes.
41. Lo anterior no se verifica en los hechos, debido a que de acuerdo a la información disponible en los diversos contratos de interconexión entre las empresas móviles (Ver N° 6 de Anexo Confidencial), el protocolo que rige el intercambio de mensajería corta corresponde a SMPP, no existiendo de esta manera elementos que den cuenta de una eventual discriminación respecto del resto de los concesionarios de servicio público.

¹⁸ Declaración prestada en FNE, con fecha 03 de marzo de 2010.

IV. CONCLUSIÓN

42. Considerando lo analizado, y de acuerdo a la información particular recabada en el proceso, cabe concluir, respecto a la prohibición de terminación de mensajería corta masiva, que:
- a. El hecho que Movistar haya informado a la denunciante sobre la terminación del contrato en la eventualidad de continuar enviando mensajes masivos, no se conformaría como una "amenaza creíble", atendido las sanciones contempladas en la normativa de telecomunicaciones en la eventualidad de terminar la interconexión;
 - b. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y considerando que el hecho que la Subtel tenga competencia expresa para fiscalizar la situación denunciada no implica que la Fiscalía no pueda analizarla en el marco del derecho de la competencia. En dicho sentido, cabe además señalar que no concurre a este respecto la conducta de negativa de suministro, al no verificarse una denegación efectiva del insumo en cuestión, más aun si, como señala Movistar en la correspondencia citada en Antecedente *"está dispuesta a analizar comercialmente la referida situación"* ;
 - c. A mayor abundamiento, la hipótesis conductual reprochada no ha sido verificada en la práctica, de acuerdo a información proporcionada por la propia denunciante.
43. Asimismo, la segunda conducta denunciada, consistente en que las empresas telefónicas estarían restringiendo el libre acceso al protocolo SS7, no se verifica en los hechos, debido en los diversos contratos de interconexión entre las empresas móviles, el protocolo que rige el intercambio de mensajería corta corresponde a SMPP, no existiendo de esta manera elementos que den cuenta de una eventual discriminación respecto del resto de los concesionarios de servicio público.

44. Del modo descrito, las conductas denunciadas no reúnen los requisitos necesarios para ser calificadas de anticompetitivas, por lo que se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes que fueron analizados.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

PHB