

ANT.: Denuncia en contra de WOM en el mercado de los SMS. Rol N°2699-22 FNE.

MAT.: Informe con recomendación.

Santiago, 30 de enero de 2023

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, se propone a la Sra. Fiscal (S) efectuar recomendaciones a S.E., el Presidente de la República, a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, dirigidas a dictar los actos administrativos y reglamentarios necesarios para incluir en el actual proceso de fijación tarifaria los cobros por los servicios de terminación de todo mensaje de texto (“SMS”, por su denominación en inglés *Short Message Service*) entre concesionarios que incluya las tarifas por los servicios de habilitación asociados a las interconexiones para la correcta operación del servicio, de conformidad al artículo 25 inciso 1° de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”). Asimismo, se recomienda que se adopten todas las medidas de derogación o modificación de la normativa reglamentaria que sea contradictoria con la fijación de tarifas mencionada. Lo anterior, debido a que -en opinión de esta División Antimonopolios- se trata de medidas que resultan necesarias para resguardar y promover la libre competencia, de conformidad a las razones que a continuación se exponen:

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Este informe contiene antecedentes recogidos en la investigación Rol N°2699-2022 FNE (“Investigación”), que se dirige en contra de Wom S.A. (“Wom”) por posibles conductas anticompetitivas en la industria de los SMS, en cuyo marco se identificó la existencia de riesgos para la competencia en general a propósito del marco normativo aplicable a los servicios de SMS.
2. La Investigación ha identificado la existencia de, al menos, dos niveles de mercados: *aguas arriba* o mercados de servicios de terminación de SMS, y *aguas abajo*, correspondiente al envío de mensajería corta a abonados móviles a lo largo del territorio nacional.

3. Los mercados *aguas arriba* se caracterizan por la existencia de un monopolio detentado por cada uno de los Operadores Móviles de Red (“OMR”)¹⁻² respecto del acceso a sus redes y, en particular, de la posibilidad de remitir SMS a sus usuarios. En esos mercados los demandantes corresponden a Operadores Móviles Virtuales (“OMV”)³, operadores de servicio público de voz sobre internet (“VoIP”)⁴, otros concesionarios de servicio público e integradores⁵ de SMS.
4. Por su parte, los hechos que han motivado el inicio de la Investigación corresponden a la segmentación que ha realizado Wom en las tarifas de terminación de los mensajes dirigidos a sus abonados, entre los mensajes SMS persona a persona (“P2P”) y los SMS aplicación a persona (“A2P”), aplicando un cobro diferenciado a los A2P catalogados como de carácter internacional (“A2P Internacional”). Al respecto, desde un punto de vista prospectivo, resulta relevante notar que la regulación respecto del mercado *aguas arriba* es escasa, aun cuando destaca de ella la obligación de dar acceso por parte de los OMR y la existencia de un régimen de libertad de tarifas.
5. Con todo, del análisis de la regulación, se aprecia la posibilidad de tarificación por el solo ministerio de la ley de las tarifas asociadas a servicios de interconexión entre concesionarios, de conformidad con el inciso final del artículo 25 de la LGT. En opinión de la FNE, los servicios de terminación de SMS se subsumirían en los supuestos normativos aplicables, por lo que la recomendación se dirigirá a la inclusión de esos servicios en los actuales procesos de fijación tarifaria.
6. En cuanto a las consideraciones de competencia que fundan esta recomendación, se pudo observar en la Investigación que, dado que los OMR tienen el monopolio respecto de la terminación de SMS en su red, el régimen de libertad tarifaria ha permitido que se propicien conductas riesgosas para la libre competencia, como da cuenta el caso de Wom y el cobro unilateral por la mensajería A2P Internacional a una tarifa 67 veces mayor a la cobrada con anterioridad por un SMS. Si bien, a la fecha, sólo se ha observado la realización de un cobro diferenciado por parte de Wom, existe el claro potencial de que tal cuestión, así como otro tipo de cobros, puedan ser

¹ Operador Móvil de Red: concesionarios de servicio público de telefonía móvil y de transmisión de datos móviles que sean titulares de autorizaciones en cuya virtud tienen asignado espectro radioeléctrico.

² Sin perjuicio de lo anterior, cualquier operador con concesión que posea una cartera de abonados que pueda recibir mensajería corta y que posea el control sobre la terminación de SMS en dichos abonados, también detenta un monopolio.

³ Operador Móvil Virtual: concesionarios de servicio público de telefonía móvil y de transmisión de datos móviles que carecen de autorizaciones en cuya virtud tengan asignado espectro radioeléctrico para su operación.

⁴ VoIP (en inglés *Voice Over Internet Protocol*), es la tecnología que permite utilizar el internet para realizar funciones de telefonía, como hacer y recibir una llamada telefónica, por tanto, un proveedor de VoIP es un operador telefónico que ofrece servicios de telefonía de voz sobre internet directamente a consumidores o empresas.

⁵ Un integrador o también denominado como agregador de SMS es una empresa que provee el servicio o plataforma que permite a los usuarios enviar mensajes de texto a través de varios operadores de telefonía móvil a la vez. Es comúnmente utilizado por empresas y organizaciones para enviar alertas, notificaciones y mensajes masivos a un gran número de destinatarios.

llevados a cabo por el resto de la OMR bajo el marco regulatorio sectorial actualmente vigente.

7. Cabe destacar que las distintas diligencias de la Investigación han permitido concluir que no existen justificaciones de costos, técnicas ni de otra naturaleza para la segmentación entre distintos tipos de SMS a la hora de fijar sus tarifas, materia que, en lo referente al caso de Wom, se encuentra además siendo conocida por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”) a partir de las demandas seguidas bajo los roles contenciosos C N°454-2022 y C N°455-2022.
8. Asimismo, debe enfatizarse en que, si prácticas de segmentación de cobro u otras relativas a la forma de cobro se extendieran a los otros operadores, se producirían importantes implicancias contrarias al correcto funcionamiento de los mercados, los cuales, bajo supuestos conservadores, podrían alcanzar aumentos de precios que generen ingresos para la totalidad de los OMR del orden de \$30 mil millones anuales, equivalentes a US\$ 36 millones⁶.
9. En atención a lo expuesto, se sugiere a la Sra. Fiscal (S) la formulación de recomendaciones a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, dirigidas a la dictación de los actos administrativos y reglamentarios necesarios para incluir en el proceso de fijación tarifaria actualmente en desarrollo los cobros por los servicios de terminación de todo SMS entre concesionarios, que incluya todas las tarifas por los servicios de habilitación asociados a las interconexiones para la correcta operación del servicio, de conformidad con el artículo 25 inciso 1° de la LGT. Asimismo, se recomienda que se adopten todas las medidas de derogación o modificación de la normativa reglamentaria que sea contradictoria con la fijación de tarifas mencionada.

II. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

10. La Investigación se inició a propósito de la denuncia de una empresa de telecomunicaciones (“denunciante”) según la cual, a fines del año 2021, Wom comenzó a cobrar por un concepto de terminación de llamada denominado A2P Internacional, designación que no había sido empleada con antelación por la investigada en sus políticas comerciales o contractuales. El cobro referido se traduce en un valor de \$78,99 sin IVA, en circunstancias que la tarifa normal de SMS era sustancialmente menor (cerca de 67 veces).
11. Asimismo, la denunciante expresa que Wom determina unilateralmente cuáles mensajes califican como A2P Internacional, lo que carecería de importancia

⁶ Dólar observado al día 17 de enero de 2023. Ver página web del Banco Central de Chile: <https://si3.bcentral.cl/indicadoressiete/secure/IndicadoresDiarios.aspx> [última consulta 30 de enero de 2023]

regulatoria para determinar los derechos y obligaciones de las partes, siendo una denominación de índole comercial y no técnica, a lo que se suma la imposibilidad de conocer el origen o finalidad de un mensaje, tanto por quien lo inyecta como por Wom.

12. En base a lo anterior, concluye el denunciante, que denominar unilateralmente ciertos SMS como A2P Internacional y cobrarlos a los valores mencionados, constituye un abuso que se explica por la posición de monopolista que tiene Wom en su red.
13. La denuncia fue declarada admisible en los términos del artículo 41 del Decreto Ley N°211 (“DL 211”) y, según la información obtenida durante dicha etapa, se pudo observar que el nuevo cobro por el servicio A2P Internacional aplicaba a todo el tráfico que cumpla con dicha denominación según los criterios aplicados por Wom y que haya ingresado a su red, a partir del 15 de noviembre de 2021. Lo anterior, aplicaba salvo aquellos SMS enviados por intermedio de la empresa Infobip, que ofreció un convenio especial con una menor tarifa por el envío de mensajes a la red de Wom.
14. Asimismo, se ratificó que ese cobro fue determinado por Wom de manera unilateral y que es muy superior a los cobros por servicios de terminación de mensaje de textos SMS anteriores a la mencionada fecha.
15. Bajo dicho contexto, con fecha 20 de julio de 2022, la FNE inició la Investigación con la finalidad de determinar la existencia de prácticas de abuso de posición dominante a propósito de la conducta realizada por la empresa Wom que se ha descrito, las que podrían “(...) *ser constitutivas de un abuso de posición dominante en los términos del artículo 3° inciso 1° e inciso 2° letra b) del DL 211*”⁷.
16. En la Investigación han sido analizados distintos aspectos acerca del funcionamiento del mercado de los SMS, con un foco tanto en la regulación como en su aplicación práctica, evaluando sus efectos positivos como negativos, destacando en tal cuestión materias como la calificación de los SMS dentro de los distintos servicios de telecomunicaciones, los hechos que dan cuenta de la implementación de la práctica llevada a cabo por Wom, los precios de los servicios de terminación de los SMS, así como las funciones que en ese mercado competen a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”), y la posibilidad de llevar a cabo una política de regulación de precios a propósito del acceso a las redes que permiten el envío de los SMS⁸.

⁷ Resolución de inicio, 20 de julio de 2022, Considerando 5°.

⁸ Debido a lo anterior, entre otras, se llevaron a cabo las siguientes labores de indagación: (i) Se analizaron los tráficos de entrada y salida, los precios entre Wom y los operadores y la capacidad de procesamiento de mensajes de Wom en el mercado de terminación de SMS; (ii) Fueron consultados distintos aspectos del funcionamiento de la industria a los agentes involucrados, incluyendo a la empresa investigada, concesionarios de telecomunicaciones con redes, otros concesionarios de telecomunicaciones que participan en el mercado de los SMS, integradores y la Subtel; (iii) Se solicitó a Wom los distintos contratos y modificaciones que regulan su relación con los otros agentes del

17. Cabe tener en consideración que, durante el transcurso de la Investigación, algunas de las empresas usuarias de los servicios de terminación de SMS de Wom demandaron a dicha compañía ante el H. TDLC⁹. Los procesos originados por esas demandas se encuentran a esta fecha en etapa de conciliación, según consta en los respectivos expedientes.
18. En este punto es importante hacer presente que, al igual que otras recomendaciones normativas¹⁰ efectuadas por la FNE en el marco de sus facultades, este informe adopta un enfoque de carácter prospectivo o de *advocacy*¹¹, buscando la promoción y protección de la competencia en la industria en análisis. Lo anterior, a diferencia de un enfoque de persecución, que busca la corrección y sanción de infracciones a la competencia.
19. Por tanto, cabe advertir expresamente que lo expuesto en este Informe -,y, particularmente, las recomendaciones que se proponen- no excluye la adopción de otro tipo de medidas ni el ejercicio de acciones por parte de la FNE en caso de existir conductas específicas contrarias a la libre competencia, ni debe entenderse como un antecedente contrario a las pretensiones que particulares han sostenido ante el H. TDLC, según se expuso *supra*.

III. FUNCIONAMIENTO DE LA INDUSTRIA DE LOS SMS

20. Los SMS corresponden a un servicio de mensajería de texto que utiliza protocolos de comunicación estandarizados¹² y que permite el intercambio de mensajes cortos de texto con un límite de 160 caracteres, usualmente entre dos teléfonos móviles o entre una aplicación externa y un teléfono móvil.

mercado de los SMS; (iv) Se requirieron antecedentes económicos acerca de costos e inversiones para la implementación de la práctica llevada a cabo por Wom; (v) Se consultaron a la Subtel diversos pronunciamientos que pudieron haberse emitido a propósito del mercado de los SMS; (vi) Se realizaron diversas tomas de declaraciones con la finalidad de complementar los antecedentes indicados; y (vii) Se calcularon los ingresos de Wom y el alcance de la conducta investigada en toda la industria.

⁹ Véase: (i) Proceso contencioso caratulado “Demanda de Conenectus SpA y otros contra WOM S.A.”, causa Rol C 454-2022; y, (ii) Proceso contencioso caratulado “Demanda de Andes Inversiones SpA contra WOM S.A.”, causa Rol C 455-2020.

¹⁰ Véase informe de fecha 8 de agosto de 2019 a propósito de la “Investigación de oficio sobre licitaciones de seguros hipotecarios”, Rol N° 2416-17 FNE.

¹¹ Este tipo de enfoque ha sido reconocido como uno de los objetivos de las autoridades de competencia a nivel comparado “*The competition agencies’ third effort is to encourage the revocation or modification of anticompetitive laws, regulations, or judgments. The DOJ, for example, approached the handful of states that ban rebates and discounts for real estate brokerage services, and some states thereafter rescinded their anticompetitive regulations*” Stucke, Maurice, “Better Competition Advocacy”, *St. John’s Law Review*, Vol. 82, N° 3, 2008, p. 956.

¹² En el caso investigado, corresponde al protocolo SMPP, abreviatura en inglés de *Short message peer-to-peer*. Este protocolo es abierto, estándar de la industria, diseñado para proporcionar una interfaz flexible de comunicaciones para la transferencia de datos de mensajes cortos entre Entidades Externas de Mensajes Cortos (en inglés, ESME), Entidades de Enrutamiento (en inglés, RE) y Centros de Mensajes (en inglés, MC). Ver sitio: <https://smpp.org/> [última consulta 30 de enero de 2023].

21. Para efectos de este informe es importante distinguir las dos principales formas en que un SMS es originado:

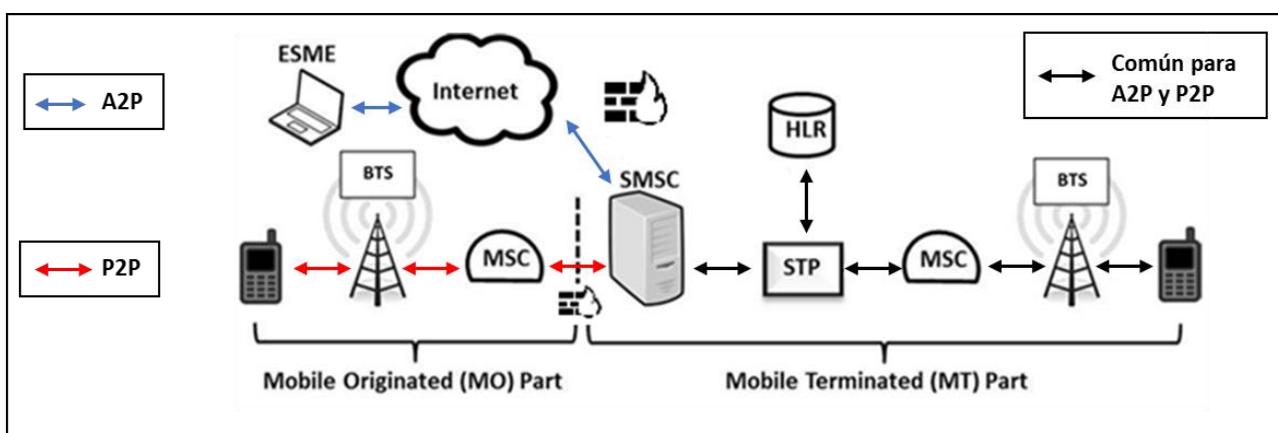
- (1) Mensajería P2P o “persona-a-persona”: es aquella relativa al intercambio de mensajes entre dos abonados móviles. En la Figura N°1 *infra* se encuentra detallado, por el flujo de color rojo en la parte izquierda, dónde se origina el mensaje desde un teléfono móvil, pasando por la arquitectura correspondiente y que termina en otro teléfono móvil (flujo color negro en la parte de terminación).
- (2) Mensajería A2P o “aplicación-a-persona”: corresponde al servicio de envío de mensajes a un abonado móvil, generalmente desde una aplicación web.

Algunos ejemplos de este tipo de mensajería corresponden a códigos de verificación de usuarios, notificaciones de claves dinámicas de un solo uso, promociones y *marketing*, alertas tempranas de desastres naturales como terremotos, tsunamis, incendios forestales, aluviones y erupciones volcánicas¹³ y, en general, todos los servicios en los cuales la información deba ser enviada a un usuario individual o a un gran número de usuarios en forma de mensaje de texto.

En la Figura N°1 *infra* se encuentra, detallado por el flujo de color azul en la parte izquierda, dónde se origina el mensaje, lo que ocurre desde el ESME (ícono de computador) que se conecta utilizando el protocolo SMPP mediante internet al SMS Center (“SMSC”) y termina en un abonado móvil (flujo color negro en la parte de terminación).

¹³ Para más información, el Sistema de Alerta de Emergencias (SAE) impulsado por el Gobierno de Chile se encuentra vigente en nuestro país desde 2021 de acuerdo con informaciones de la Subtel. Ver sitio web: <http://www.sae.gob.cl/> [última consulta 30 de enero de 2023].

Figura N°1: Arquitectura de red para el SMS¹⁴



Fuente: Adaptado del artículo *Frameworks for mitigating identity theft and spamming through bulk messaging*¹⁵ junto con información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

22. Cabe destacar que, desde un punto de vista técnico, en la sección de terminación de un SMS¹⁶ no existen diferencias entre un mensaje A2P y P2P, siendo el operador Wom, a la fecha, el único participante de la industria que ha realizado una distinción de tarifas entre la terminación de mensajes A2P y P2P que provienen desde otros operadores concesionados¹⁷.

23. Con respecto a la evolución a nivel general de los SMS enviados en territorio nacional, se puede notar en el Gráfico N°1 *infra*, en primer lugar (eje principal), que existe una baja continua en la cantidad de mensajes de texto enviados desde el primer trimestre de 2014 hasta el tercer trimestre de 2017 (comparando con el nivel del mismo trimestre del año anterior), alcanzando su menor nivel en toda la serie en el cuarto trimestre de 2018, donde se revierte esta tendencia hasta alcanzar un máximo de 360 millones de mensajes en el primer semestre de 2022. Analizando la variación interanual con respecto al mismo trimestre del año anterior (eje secundario), se destacan las alzas consecutivas en los últimos 6 trimestres del período analizado, alcanzando su *peak* el primer trimestre del 2022, con un incremento igual a 23,5%.

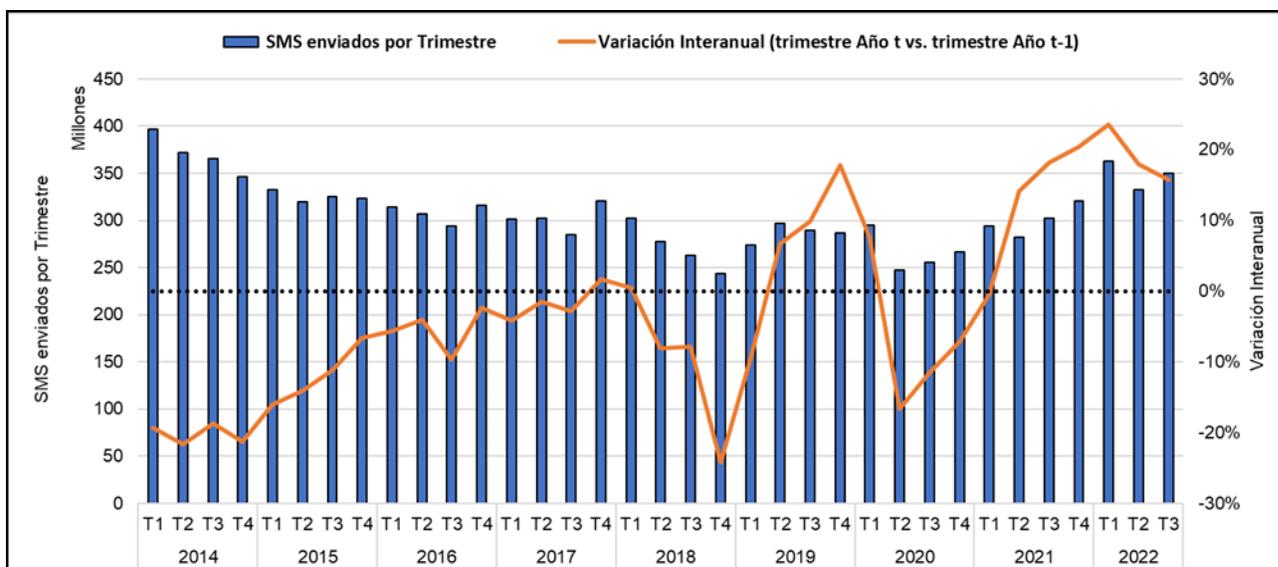
¹⁴ Debe tenerse en cuenta que la figura es una representación general que permite entender de forma simplificada el funcionamiento de ambos tipos de mensajería.

¹⁵ Osho, Oluwefemi., Ogunleke, Olasunkanmi. Y., & Falaye, Adeyinka. (2014, October). Frameworks for mitigating identity theft and spamming through bulk messaging. In *2014 IEEE 6th International Conference on Adaptive Science & Technology (ICAST)* (pp. 1-6). IEEE.

¹⁶ Presente en la Figura N° 1 como la parte de terminación, más conocida por su nombre en inglés: *Mobile terminated* (MT).

¹⁷ En base a respuesta de los operadores al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

Gráfico N°1: Evolución trimestral de los mensajes de texto enviados desde 2014 al tercer trimestre de 2022.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Subtel.

24. El crecimiento observado en los últimos trimestres estaría explicado principalmente por el tráfico de SMS que destinan empresas como bancos, *retailers*, firmas de *marketing* y publicidad, entre otros, que envían mensajería corta (clave dinámica, cobranza, promociones, avisos) a sus clientes utilizando una plataforma o aplicación¹⁸, cuestión que se habría intensificado con motivo de la pandemia de Covid-19.

IV. MERCADO RELEVANTE

25. A continuación, para efectos de contextualizar esta recomendación, se presentan los dos niveles de mercados relevantes en donde se han identificado riesgos a la libre competencia.

a. Mercados mayoristas aguas arriba de servicios de terminación de SMS: monopolio de cada operador respecto del acceso a sus abonados

26. El servicio de terminación de mensajería corta corresponde al proceso de entrega de un SMS por parte de cada operador concesionario de servicio público de telecomunicaciones, donde cada operador posee el monopolio a partir del control exclusivo del acceso a su red y, por tanto, a sus abonados móviles dentro de sus zonas de cobertura. De esta forma, desde un punto de vista de la definición del mercado relevante, existirán tantos mercados -cada uno de ellos monopólico- como operadores.

¹⁸ Ver Gráfico N°2, elaborado en base a la respuesta de Wom del Oficio Ord. N°1202-22 con fecha 6 de septiembre de 2022.

27. Es relevante tener en cuenta que el mercado mayorista de servicios de terminación de SMS permite que los abonados móviles¹⁹ puedan recibir mensajería tanto de tráfico *on-net*²⁰ como *off-net*²¹ con numeración de origen de cualquier operador con concesión²² de servicio público de telecomunicaciones²³ y servicios públicos del mismo tipo, entregada por la Subtel. Por lo anterior, la regulación consagra la obligación de interconexión entre todos los distintos operadores concesionarios, quienes deben establecer y aceptar interconexiones entre ellos²⁴.
28. Ahora bien, si se observa la totalidad de los servicios de interconexión (aun cuando cada operador es monopolista en la oferta de terminación según se ha indicado), es posible constatar que los OMR son receptores netos de tráfico, es decir, que el tráfico total que reciben es mayor al tráfico que envían a los demás operadores²⁵, lo que se debe, en parte, a su amplia participación de mercado considerando el número de abonados móviles²⁶. Ciertamente, en nuestro país la telefonía móvil presenta características oligopólicas, con una alta concentración de abonados, consecuencia de la existencia de costos hundidos y barreras a la entrada, hecho que ha sido corroborado tanto por el H. TDLC como la Excma. Corte Suprema²⁷, existiendo actualmente cuatro proveedores de servicios de terminación (todos OMR) que reúnen el 98,4% del total de abonados móviles²⁸, como se observa en la Tabla N°1.

¹⁹ Se considera abonados a todos aquellos clientes que hayan cursado tráfico dentro del mes. Esto es que hayan emitido o recibido una llamada tasable (aquella que es medible y su registro es tarifado, lo que no necesariamente implica que sea facturable) entre el primero y el último día del mes en cuestión, ambos días inclusive.

²⁰ El tráfico *on-net* ocurre cuando un mensaje se origina en un número móvil de la red del operador A y termina en un número móvil de la red del mismo operador A.

²¹ El tráfico *off-net* ocurre cuando un mensaje se origina en un número móvil de la red del operador A y termina en otro número móvil de la red del operador B.

²² Autorización de instalación, operación y explotación de un servicio limitado de telecomunicaciones otorgado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

²³ Cabe destacar que un operador puede tener distintos tipos de concesiones, las cuales no son excluyentes entre sí, por ejemplo, una misma empresa puede tener, a la vez, una concesión de servicio público de telefonía móvil y una concesión de voz sobre internet.

²⁴ Art. 25, inciso final de la LGT.

²⁵ En base a respuesta de los operadores al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

²⁶ Adicionalmente, los proveedores de servicios de SMS *aguas abajo* deben llegar a los abonados móviles de las distintas compañías, por lo tanto, envían el tráfico a los distintos operadores y, al ser los OMR los que cuentan con un mayor número de abonados, mayor es la posibilidad de que un SMS termine en dicha red.

²⁷ Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerando 13°. Por su parte, el TDLC en sentencia 154/2016, de fecha 15 de septiembre de 2016, considerando 46°.

²⁸ Al último día hábil del mes de septiembre de 2022.

Tabla N°1: Número de abonados y participación por operador móvil (sept. 2022)

| Operador | Abonados | % del total |
|---------------------|-------------------|-------------|
| Entel PCS | 8.513.698 | 32,37% |
| Movistar | 6.758.370 | 25,70% |
| WOM | 5.464.003 | 20,78% |
| Claro | 5.149.836 | 19,58% |
| Otros ²⁹ | 412.651 | 1,57% |
| Total | 26.298.558 | 100% |

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Subtel³⁰.

29. Por otra parte, los OMV, los operadores VoIP e integradores de SMS son emisores netos de tráfico³¹, el cual es recibido en su mayoría por los abonados móviles de los principales OMR. En efecto, se ha constatado que principalmente dichos actores intermedian la relación entre empresas privadas o entidades de gobierno (que participan en el mercado relevante *aguas abajo*, como se verá) y las redes de los distintos operadores con concesión en el mercado mayorista de terminación, lo que permite el envío de dichos SMS a los abonados móviles del operador correspondiente.
30. Cabe destacar que los integradores de SMS no poseen concesión de servicio público de telecomunicaciones, por lo que los operadores concesionados no tienen la obligación de establecer interconexiones con ellos. En consecuencia, para que un integrador pueda terminar un SMS en un abonado móvil de alguno de los operadores, debe acceder a dicha red y, para ello, es necesario que al menos posea contrato con un operador que tenga concesión de servicio público telefónico o del mismo tipo, ya sea como OMR, OMV o VoIP que, como se mencionó anteriormente, sí tiene acceso a las redes de los restantes operadores vía interconexiones.
31. Adicionalmente, se ha constatado que algunos integradores mantienen contratos con los principales operadores del país³², cuyos precios de terminación de SMS son superiores a los negociados entre operadores con concesión³³. Asimismo, se ha evidenciado que integradores con presencia internacional mantienen contratos con operadores fuera del territorio nacional, realizando labores de agregación de SMS que terminan en abonados móviles de diversos países.

²⁹ Debido a que el *joint venture* de las empresas Claro y VTR fue aprobado por la FNE el 5 de octubre de 2022 y los datos de Subtel son al 31 de septiembre de 2022, se toman las participaciones en abonados móviles de dichas empresas por separado. Para mayor abundamiento, ver Resolución de Aprobación: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/aprob57b_F295_2021.pdf [última consulta 30 de enero de 2023].

³⁰ Datos del número de abonados móviles al 31 de septiembre de 2022. Ver sitio: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonía/> [última consulta 30 de enero de 2023].

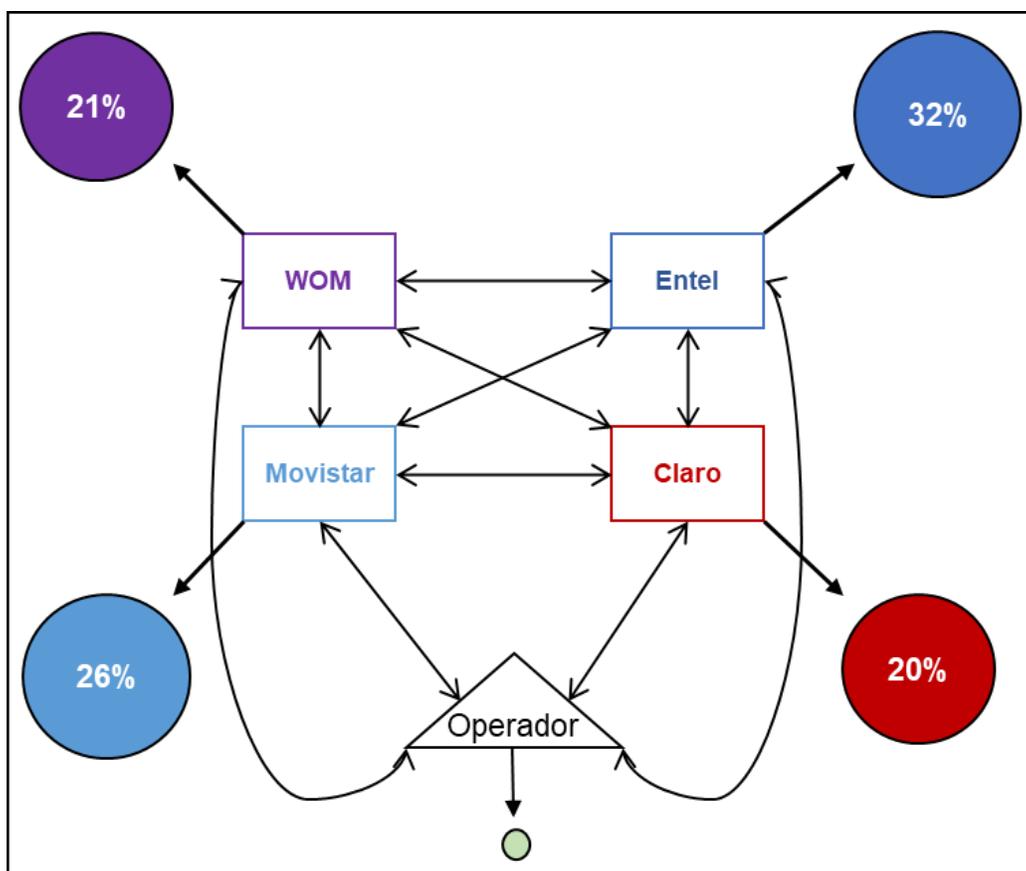
³¹ En base a respuesta de los operadores al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

³² Ya que, ante eventuales requerimientos por problemas técnicos o de terminación de mensajes, posee una relación directa con cada operador.

³³ En base a respuesta de los operadores al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

32. A modo de ilustración de la operatividad del funcionamiento de los servicios monopólicos de interconexión, la Figura N°2 muestra un diagrama de las interconexiones (flechas bidireccionales) entre los cuatro OMR con mayor participación en número de abonados móviles³⁴ y otro operador³⁵ representativo³⁶. Además, se pueden notar los distintos mercados mayoristas de servicios de terminación, representados por cada una de las flechas unidireccionales que salen de los operadores y apuntan hacia los círculos que señalan los porcentajes de participación sobre el total de abonados de la Tabla N°1.

Figura N°2: Mercados mayoristas (aguas arriba) de los servicios de terminación de SMS.



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

b. El mercado aguas abajo de los servicios de SMS

33. En este mercado son provistos los servicios de mensajería corta de todo tipo a los usuarios finales, donde destacan, desde un punto de vista de los usos (pero no de los costos involucrados), los mensajes P2P y A2P en los términos explicados en el párrafo 21.

34. En los mensajes P2P, los demandantes son los usuarios de telefonía móvil que buscan comunicarse con usuarios de la misma compañía o de otra. En los mensajes

³⁴ El porcentaje de participación de abonados móviles por compañía se encuentra representado por cada uno de los círculos de la Figura.

³⁵ Asimismo, tanto dicho operador, como cualquier otro, puede prestar servicios de agregación de mensajería corta a las empresas integradoras de SMS.

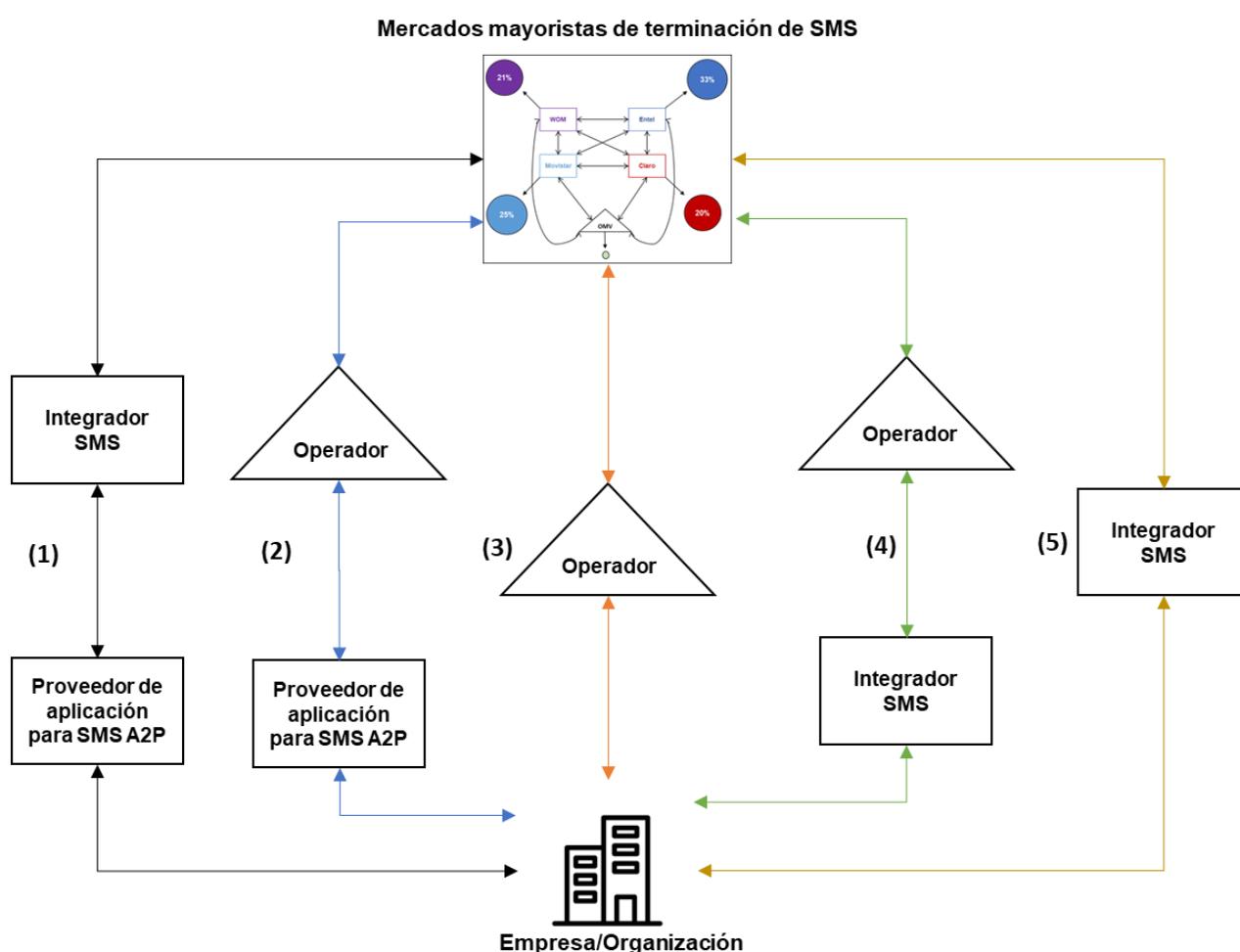
³⁶ Se han omitido los demás operadores y los integradores por simplicidad.

A2P, por su parte, los principales oferentes son operadores con concesión de servicio público telefónico, principalmente operadores VoIP, empresas integradoras de mensajería corta y proveedores de aplicaciones A2P; y, los demandantes, cualquier empresa u organización que utilice la mensajería A2P para mantener comunicación con sus usuarios, como, por ejemplo, empresas del *retail*, bancos, aerolíneas, ministerios, entre otras.

35. Si bien es difícil determinar el tamaño exacto del mercado, pues puede existir cierto solapamiento debido a que algunos operadores e integradores pueden prestar servicios tanto a clientes finales como a proveedores de aplicaciones (que luego revenden a los usuarios finales), se observa un número significativo de actores que compran³⁷ y venden³⁸ estos servicios.

36. A modo de ilustración del rol de los distintos agentes involucrados, la Figura N°3 muestra un diagrama con cinco posibles configuraciones de servicios de SMS A2P.

Figura N°3: Cinco configuraciones posibles en el mercado de los servicios de SMS de aplicación a persona (A2P).



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

³⁷ Por ejemplo, un solo operador puede tener más de 100 clientes. En base a respuesta al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

³⁸ Alrededor de 35. En base a respuesta de los operadores al Oficio Circ. Ord. N° 80 con fecha 21 de noviembre de 2022.

37. Las configuraciones señaladas desde el punto (1) hasta el (5) se detallan a continuación:

- (1) La empresa u organización que requiere enviar un SMS (“cliente”) contrata la plataforma de envío de mensajes con una firma dedicada a proveer este servicio, la que a su vez es cliente de un integrador de SMS, el cual posee una conexión con el operador respectivo. El operador termina el SMS en el abonado correspondiente.
- (2) El cliente contrata la plataforma de envío de mensajes con una firma dedicada a proveer este servicio, la que a su vez es cliente de un operador, el cual tiene acceso a la interconexión entre operadores (permitida por su concesión). El operador respectivo termina el SMS en el abonado correspondiente.
- (3) El cliente contrata a un operador concesionario, el cual ofrece la solución completa, desde la plataforma de envío de SMS hasta el acceso a las terminaciones de SMS aguas arriba.
- (4) El cliente contrata la plataforma de envío de mensajes con un integrador que provee este servicio, el que a su vez es cliente de un operador OMV/OMR/VoIP. El operador se encarga de terminar el SMS en el abonado del operador correspondiente.
- (5) El cliente contrata la plataforma de envío de mensajes con un integrador, el que a su vez posee una conexión con el operador respectivo. Aguas arriba, el operador termina el SMS en el abonado correspondiente.

V. REGULACIÓN APLICABLE

38. En este capítulo se describirá en general la regulación de telecomunicaciones (apartado a.), para luego mencionar la normativa aplicable a los SMS (apartado b.), finalizando con el análisis de los mecanismos de fijación de tarifas en servicios de telecomunicaciones (apartado c.).

a. Regulación general del mercado de las telecomunicaciones en Chile

39. La normativa de telecomunicaciones contiene su regulación principal en la LGT, dictada el año 1982, la cual ha sido calificada como la ley marco del sistema de telecomunicaciones, donde se encuentran recogidos los lineamientos generales en esa materia³⁹. Por lo anterior, la misma está complementada por una multiplicidad de normas legales y reglamentarias.

³⁹ Véase: Sierra, Lucas, *Regulación de las Telecomunicaciones en Chile: Potestades Normativas, Tradición Divergente y Desafíos de la Convergencia*. En: Subtel y Facea (eds.) *Telecomunicaciones: Seminario sobre Regulación del Sector Telecomunicaciones “Convergencia y Nuevos Desafíos”*, 2008, p. 52.

40. La LGT inició en Chile el proceso de reforma en el mercado de las telecomunicaciones, incorporando los principios de libre mercado, siendo el más importante la participación de los privados en el sector⁴⁰, quienes requieren de títulos (concesiones, permisos y autorizaciones) para instalar, operar y explotar los distintos servicios que la ley establece⁴¹.
41. En la misma línea, la LGT estableció un sistema de libertad tarifaria⁴². Sin embargo, a modo de excepción, dispuso que los servicios prestados entre concesionarios a través de interconexiones debían estar sujetos a fijación tarifaria (inciso final del artículo 25 de la LGT). Asimismo, entregó al H. TDLC la potestad de calificar que ciertos servicios deban someterse a un proceso de fijación de precios en caso de que se determine que estos se prestan bajo condiciones que no permiten resguardar un régimen de libertad tarifaria (artículo 29 de la LGT).
42. Cabe tener en consideración, también, que según la LGT los servicios de telecomunicaciones se clasifican bajo distintas categorías, siendo las relevantes para efectos del presente caso las siguientes⁴³:

- (1) Servicios públicos de telecomunicaciones (artículo 3° letra b de la LGT), destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. Estos deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones.
- (2) Servicios complementarios de telecomunicaciones (artículo 8° inciso 6° de la LGT). Respecto de ellos, la ley indica que “[l]as *concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas. Estas prestaciones consisten en servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a dichas redes, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas*”.

⁴⁰ Aimone, Enrique, *Actividades económicas reguladas*, Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 109.

⁴¹ Prado, Jaime, “Titularidad de los servicios de telecomunicaciones y regulación tarifaria. Límites a las facultades normativas de la administración”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 27, 2020, en línea: <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v27/0718-9753-rducn-27-12.pdf> [última consulta 30 de enero de 2023], p. 2.

⁴² Así, lo ha entendido el H. TDLC, cuando señala: “*En el caso de las telecomunicaciones, advirtiendo la posibilidad de cambios en las condiciones tecnológicas, el legislador no ordena la regulación tarifaria en todos los casos, sino que requiere un informe de este Tribunal sobre las condiciones de mercado, a fin de determinar si éstas hacen necesaria o no la fijación de precios para determinados servicios*” Informe N° 2/2009 TDLC, considerando 4°. En ese mismo pronunciamiento, el H. TDLC señaló que en un régimen de libertad tarifaria “(...) *serían particularmente reprochables los actos contrarios a la libre competencia que puedan producirse en este mercado, sea mediante precios abusivos o discriminatorios, o mediante conductas que busquen excluir a otros competidores o limitar la intensidad del proceso competitivo*” Informe N° 2/2009 TDLC, considerando 145°.

⁴³ El resto de los servicios de telecomunicaciones son: (i) Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, contemplado en el artículo 3 letra a) de la LGT; (ii) Servicios limitados de telecomunicaciones, regulado en el artículo 3 letra c) de la LGT; (iii) Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones, definido en el artículo 3 letra d) de la LGT; y, (iv) Servicios intermedios de telecomunicaciones, indicado en el artículo 3 letra e) de la LGT.

43. Finalmente, la LGT entrega al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subtel, la aplicación y control de esa normativa y sus reglamentos. Asimismo, tendrá a su cargo la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones⁴⁴.

b. Normativa de telecomunicaciones aplicable a los SMS

44. En este apartado, nos enfocaremos en las fuentes normativas que tratan directamente sobre los SMS.

45. Comenzando con la LGT, esta normativa no contempla una regulación específica o diferenciada respecto de los SMS, sin perjuicio de que -según veremos- ese servicio puede encuadrarse dentro de alguna de las categorías de servicios de telecomunicaciones que hemos descrito en el apartado anterior.

46. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, debido a las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.245, los SMS pasaron a constituir parte de las prestaciones básicas de las ofertas de *Roaming* Automático Nacional (“RAN”) para emergencias y facilidades a OMVs⁴⁵.

47. Asimismo, la implementación del Sistema de Alerta de Emergencia (“SAE”) para casos de catástrofes naturales⁴⁶, ha contemplado a los SMS como uno de los instrumentos de comunicación. En concreto, el SAE es una herramienta que permite el envío de una alerta masiva a través de texto, audio y vibración, a todos quienes utilicen un equipo celular. Así también lo ha indicado la Subtel durante la investigación⁴⁷.

48. Los SMS también forman parte de la normativa multibanda que busca la homologación de los equipos celulares. Al respecto, los SMS corresponden a uno de los mecanismos utilizados para advertir la obligatoriedad de inscripción

⁴⁴ Artículo 6 incisos 1° y 2° de la LGT.

⁴⁵ Al respecto, la Ley N° 21.245 dispuso la creación del RAN, cuya regulación fue encargada a un Reglamento lo que fue cumplido por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones con la dictación del Decreto Supremo 138, de 2021, que dispuso respecto de los SMS que los servicios disponibles para los usuarios de la red de origen en situaciones de emergencia deberán al menos incluir, entre otros, servicios de SMS (artículo 10). Adicionalmente, agregó que en la oferta de facilidades deberán señalarse los precios para los servicios de SMS (artículo 16 letra d).

⁴⁶ La página institucional que contempla este sistema puede visitarse en: <http://www.sae.gob.cl/>. [última consulta 30 de enero de 2023]. Asimismo, se trata de un sistema informado por los operadores validados en SAE, según puede ser examinado, por ejemplo, en: <https://ww2.movistar.cl/sistema-de-alerta-de-emergencias/#:~:text=El%20Sistema%20de%20Alerta%20de,mayor%20intensidad%20y%20erupciones%20volc%C3%A1nicas> [última consulta 30 de enero de 2023].

⁴⁷ “(...) el envío y/o recepción de SMS constituye una de las prestaciones mínimas que debe asegurarse a los usuarios de la red de origen y de la red visitada, junto con el servicio de voz y las llamadas a niveles de emergencia (servicios que deben proveerse a todo evento), implicando, esto último, un reconocimiento explícito de la relevancia que la mensajería de texto del tipo SMS ostenta dentro de las redes públicas, como herramienta de comunicación entre usuarios de tales servicios” Memorando, pp. 4-5.

administrativa a las personas naturales que ingresen al país teléfonos móviles que estén destinados al uso personal y hayan sido adquiridos en el extranjero⁴⁸.

49. Finalmente, el tratamiento directo de los SMS se encuentra en la Resolución Exenta N°1663 de 2002, que “Fija procedimiento y plazo para establecer y aceptar interconexiones en la red telefónica para el intercambio de mensajes de texto”, cuyo contenido es el siguiente:

“Considerando: a) Que compete a la Subsecretaría de Telecomunicaciones la dictación de la normativa que asegure el buen funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones. b) Que los avances tecnológicos permiten suministrar nuevas prestaciones a través de la red telefónica, resulta necesario que éstas se provean a través de interconexiones con el objeto que los usuarios puedan comunicarse entre sí, y en uso de mis atribuciones legales”.

“Fíjese el siguiente procedimiento y plazo para establecer y aceptar interconexiones entre las concesionarias de servicio público telefónico, incluidas las de servicios del mismo tipo para el intercambio de mensajes de texto consistentes en letras, símbolos, números o combinaciones de ellos:

Artículo 1º Las concesionarias requeridas de interconexión para el intercambio de mensajes, deberán ponerlas en servicio dentro del plazo máximo de tres meses contado desde la fecha de recepción de la respectiva solicitud de interconexión. La solicitud deberá realizarse por escrito con copia a la Subsecretaría de Telecomunicaciones

Artículo 2º Será de exclusiva responsabilidad de la concesionaria que solicite el intercambio de mensajes de texto llegar a la red de la concesionaria requerida.

Artículo 3º La capacidad, protocolos y otros aspectos técnicos necesarios para establecer y operar el intercambio de mensajes entre concesionarias serán acordadas libremente por éstas.

Artículo 4º Las concesionarias requirentes deberán adaptarse a las condiciones técnicas preexistentes destinadas al intercambio de mensajes en la concesionaria requerida.

Artículo 5º La concesionaria requerida podrá excusarse de proveer las facilidades solicitadas en caso que la mensajería de texto no se encuentre habilitada al interior de su red”.

50. Como se observa, la resolución recién transcrita consagra la obligación de interconexión para el intercambio de mensajes de texto entre operadores, pero existe libertad para determinar distintos aspectos propios de su materialización, sin

⁴⁸ Artículo 3 bis de la Resolución Exenta N° 1463, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que fija norma técnica que regula las especificaciones técnicas mínimas que deberán cumplir los equipos terminales utilizados en las redes móviles.

que a la fecha se haya incluido en los procesos de tarificación desarrollados por la Subtel.

51. Para abordar este panorama regulatorio, cabe analizar en qué categoría de servicio de telecomunicaciones de las señaladas en el párrafo 42 se enmarcarían los SMS.
52. Al respecto, la Subtel ha informado a esta Fiscalía en la Investigación, que los SMS constituyen una factibilidad derivada originalmente de las redes GSM en telefonía móvil, las que permitían usar canales específicos de señalización, distintos a la voz. De esta forma, dado que el envío/recepción de SMS constituye una prestación que se provee vía red telefónica móvil y no por canales destinados a la transmisión de la voz, corresponde examinar el artículo 8° de la LGT, que dispone que las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas, siendo éstos servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a dichas redes, y que la instalación y explotación de los equipos para realizar esas prestaciones complementarias no exigen concesión o permisos⁴⁹.
53. Lo anterior, se enmarca en la Resolución Exenta N° 1319 de 2004, que clasificó los distintos servicios complementarios en una serie de categorías, incluyendo los servicios complementarios de mensajería de texto en la letra d) de su artículo 1°⁵⁰. Ello lo realizó para ejecutar lo prevenido en el Reglamento de Servicio Público Telefónico, hoy derogado.
54. De todas esas normas, la Subtel señala que -inicialmente- la conceptualización de los servicios complementarios estaba reducida al ámbito de las comunicaciones telefónicas, porque todas las categorías que indica la Resolución Exenta N° 1319, decían relación con una llamada de teléfono. De ello se desprende que históricamente la tarificación de prestaciones entre concesionarias de servicio público telefónico móvil no haya contemplado el intercambio de SMS como parte del tráfico a tarificar entre empresas, sino que solamente haya comprendido los cargos variables de minutos de voz dirigidos a servicios complementarios (600, 700, etc.), que corresponden a llamadas telefónicas propiamente tales⁵¹.
55. Sin embargo, la Subtel concluye que, dada la realidad actual de los SMS y los cambios legislativos y reglamentarios posteriores a la Resolución Exenta N° 1319, es posible considerar su calificación como servicio público de telecomunicaciones. Para tal organismo, abona a esa conclusión la multiplicidad de funciones que

⁴⁹ Memorando 157, pp. 3-4.

⁵⁰ Estableciendo ciertos bloques especiales de numeración en el artículo 2 letra d). Según la Subtel, los mensajes A2P estarían comprendidos en aquellos de numeración especial contempladas en los artículos 7 y 14 del Decreto Supremo N° 747, de 1999, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, así como en la Resolución Exenta N° 1396, de la Subtel, que establece que la asignación de números como servicio complementario operará en dos modalidades. Véase, Memorando 157, pp. 11-12.

⁵¹ Memorando 157, pp. 4-5.

cumplen los SMS (comunicaciones máquinas-personas y entre máquinas, *marketing*, micropagos, geolocalización, tercera clave, verificación compra/recepción de productos, etc.), y el hecho que normalmente se prestan mediante interconexión entre concesionarios de servicios de telecomunicaciones⁵².

56. En esa línea, sostiene que: “(...) *la exigencia de que sean concesionarias las que intercambien SMSs dirigidos a sus abonados, tiene ciertas ventajas desde la perspectiva de la seguridad de las redes y de los usuarios finales, razón por la cual también **debiera explorarse la alternativa de política regulatoria de otorgarle a dicho servicio algún tratamiento propio o directamente inherente al servicio público telefónico móvil, como parte de las prestaciones o servicios derivados de las interconexiones por ejemplo, y no necesariamente como una prestación complementaria al mismo***”⁵³ (énfasis propio).

57. En relación con esta materia, debe tenerse en cuenta que, en sede de libre competencia, el H. TDLC ha sostenido que el concepto de servicio público de telecomunicaciones es abierto, lo que permite que por la evolución de los mercados se pueda concluir que un servicio originalmente no catalogado como público de forma expresa, pueda ser incluido en ese concepto. Lo anterior ha ocurrido a través de procedimientos no contenciosos en uso de la facultad consultiva⁵⁴, de la facultad para conocer de aquellos asuntos que leyes especiales encargan al H. TDLC, según el artículo 18 N°7 del DL 211⁵⁵, y por el procedimiento contencioso⁵⁶.

⁵² Memorando 157, p. 5.

⁵³ Memorando 157, p. 6.

⁵⁴ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 89° que señala: “El artículo 1° de la LGT establece que, para los efectos de dicha ley, se entiende por telecomunicación “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.” Luego, indica que los servicios de telecomunicaciones se clasifican en: a) servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión; b) servicios públicos de telecomunicaciones; c) servicios limitados de telecomunicaciones; d) servicios de aficionados a las radiocomunicaciones; y e) servicios intermedios de telecomunicaciones. Asimismo, caracteriza los servicios públicos de telecomunicaciones como aquellos “destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general” (artículo 3°). Tal como ha señalado con anterioridad este tribunal, la LGT no establece un número cerrado de servicios públicos de telecomunicaciones, sino que utiliza un concepto amplio, que permitiría incluir nuevas formas de telecomunicaciones (Informe N°2/2009, párrafo 42 de la parte considerativa)”.

⁵⁵ Al respecto, el Informe N° 2/2009 TDLC, señala: “42. Para poder analizar el mercado del servicio público telefónico debe precisarse en primer lugar que se entiende por “servicios públicos de telecomunicaciones”. Al respecto, la LGT, en su artículo 3 letra a), define estos últimos como aquellos “destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general”, e indica que deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones. Este es un concepto amplio, que permitiría incluir nuevas formas de telecomunicaciones”, a lo que agrega el considerando 43° que: “Sin embargo el D.S. N° 425 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, “Reglamento del Servicio Público Telefónico” señala que este último “está constituido por el servicio telefónico local, móvil y de larga distancia”, concepto más restringido y que no se encuentra definido en la ley sino que en el mismo Reglamento. Esta reducción o limitación del concepto general establecido en la ley puede generar problemas regulatorios, al no condecirse con la realidad actual de las telecomunicaciones, en donde los límites entre lo que es local, móvil y larga distancia son cada vez menos claros, y además han surgido nuevas formas de comunicación instantánea entre las personas, como el correo electrónico o la mensajería instantánea, según se analizó en la Sentencia N° 45/2006 de este Tribunal”.

⁵⁶ Véase considerando 30° de la Sentencia 45/2006 TDLC, donde desestimó la posibilidad de considerar a la tecnología VoIP como servicio público por no cumplirse sus requisitos: “Que la aplicación de una tecnología VoIP para la transmisión de voz en un solo sentido, hasta uno o más computadores, o en ambos sentidos, dentro de un grupo de computadores, puede no estar destinada a satisfacer las necesidades de la comunidad en general, como ocurre si se utiliza como sistema

58. Ahora bien, en base a los hallazgos y análisis efectuados en la Investigación, esta Fiscalía considera que existen elementos suficientes que permiten calificar que los SMS, en general, corresponderían a la categoría de servicio público de telecomunicaciones, al cumplirse actualmente los requisitos del artículo 3° letra b) de la LGT, como se expondrá en los párrafos siguientes.
59. En primer lugar, los SMS son servicios diseñados para interconectarse entre servicios públicos. Lo anterior emana de lo dispuesto en la Resolución Exenta N°1663 ya expuesta, la que reconoce expresamente que es necesario que los SMS “se provean a través de interconexiones con el objeto de que **los usuarios puedan comunicarse entre sí (...)**” (énfasis propio), de donde se desprende que los mensajes de SMS requieren la interconexión con servicios públicos de telecomunicaciones como es el servicio telefónico⁵⁷. El artículo 1° de la mencionada resolución exige la interconexión relativa a los SMS respecto de quienes la soliciten.
60. En segundo lugar, los SMS están destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. En este sentido, la evolución tecnológica ha conducido a que los SMS sean un servicio que requiere interconexión a la red telefónica (principio de convergencia tecnológica), cuyo rol principal es prestar servicios a la comunidad en general. Ello se manifiesta también en que los SMS permiten en la actualidad satisfacer múltiples necesidades, según se indicó, destacando su uso para cuestiones de política pública como el sistema SAE o su uso como mecanismo de validación de identidad.
61. La anterior ha sido la postura de la empresa investigada en la Investigación, donde ha señalado que “[d]entro de la categorización que brinda la Ley General de Telecomunicaciones de servicios que regula, la mensajería SMS se circunscribe dentro del tipo Servicio Público de telecomunicaciones”⁵⁸. En el mismo sentido, se pronunció un aportante de antecedentes, cuando señaló que “[I] a verdad es que es un servicio público. Es un servicio que, teniendo la concesión, la pueden dar las empresas, eh, que la tienen y atender al público en general, ¿ya? No es un servicio complementario en el sentido telefónico de los números 700, por ejemplo. Éste es un servicio público”⁵⁹. Otras declaraciones y respuestas de una serie de aportantes en la Investigación conducen a la misma conclusión⁶⁰.

privado de comunicaciones, por ejemplo al interior de una empresa o institución. Además, la aptitud de interconexión con otros servicios públicos de telecomunicaciones no es una característica común de toda aplicación de una tecnología VoIP para la transmisión de voz, como ocurre con los sistemas de mensajería instantánea de Internet que permiten comunicaciones de voz, por lo que es posible llegar a la primera conclusión de que, en algunos casos de VoIP, claramente no se está en presencia de ninguna de las especies o categorías de servicios de telecomunicaciones que la LGT describe”.

⁵⁷ Cuyo entendimiento como servicio público emana del artículo 2 letra a) del Reglamento de la LGT.

⁵⁸ Respuesta WOM, respuesta a Oficio Ord. 862-22 FNE, pp. 15-16. Lo que fue ratificado en la respuesta a la pregunta 5.a) del Oficio Ord. 1202-22 FNE.

⁵⁹ Declaración de Redvoiss, de fecha 5 de julio de 2022.

⁶⁰ Por ejemplo: (i) Declaración de Netline, de fecha 7 de junio de 2022; y, (ii) Declaración de denunciante, de fecha 8 de junio de 2022, entre otras.

62. Finalmente, cabe mencionar que en la normativa actual es posible encuadrar el servicio de terminación de todo SMS entre concesionarios como un servicio público, en el contexto del artículo 2 letra e) del Decreto N° 18 de 2014, del Ministerio de Transportes y de Telecomunicaciones, en cuanto define los servicios públicos del mismo tipo como: *“servicios públicos técnicamente compatibles entre sí, cuya interoperación permite a los suscriptores y/o usuarios de tales servicios públicos comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional, de acuerdo a la normativa técnica dictada o que dicte en lo sucesivo la Subsecretaría de Telecomunicaciones”*.

63. A modo de conclusión de esta subsección, se observa que: (i) los SMS cuentan con una regulación que, en lo pertinente a este caso, se ha implementado sólo en lo referido a la exigencia de interconexión, pero no en otros aspectos de la relación contractual o comercial que existe a propósito de dicha interconexión; y, (ii) la FNE considera que los SMS corresponden actualmente a un servicio público de telecomunicaciones, en los términos de la LGT.

c. Normativa aplicable a la regulación tarifaria

64. En materia de telecomunicaciones la fijación de tarifas se contiene, fundamentalmente, en los artículos 30 a 30 J de la LGT; en el Decreto Supremo N°4 de 2003, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones, y de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de Fijación Tarifaria establecido en el Título V de la LGT (“Ley de Tarifas”); y, en el Decreto Supremo N°381 de 1998, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones, y de Economía, Fomento y Reconstrucción (“los Ministerios”), que aprueba Reglamento para las Comisiones de Peritos⁶¹.

65. El sistema regulatorio de fijación de tarifas de telecomunicaciones entrega a los Ministerios antes indicados la atribución de fijar, de conformidad a la LGT, la estructura, nivel y mecanismo de indexación tarifaria de los servicios señalados en los artículos 24 bis y 25 de la LGT. Para tal efecto, deberán dictar un decreto conjunto.

66. Las tarifas que se determinen a través de los respectivos procesos tienen el carácter de máximas, no pudiendo discriminarse a usuarios. Asimismo, serán indexadas de acuerdo con los índices determinados en los estudios de costos.

67. La estructura tarifaria regulada es determinada cada 5 años, de acuerdo con los costos incrementales de desarrollo, cuando concurren planes de expansión en periodos no inferiores a 5 años. En ausencia de planes de expansión, la estructura tarifaria se fijará a costos marginales de largo plazo.

⁶¹ Asimismo, existen otras normativas especiales respecto de ciertos servicios de telecomunicaciones, pero que no inciden en la materia contenida en este informe.

68. Para establecer los costos se considerará una empresa eficiente que ofrezca solo servicios sujetos a fijación tarifaria y se determinarán los costos de inversión y explotación -incluyendo los de capital de cada servicio- en dicha empresa eficiente. Según se ha indicado, existen dos vías de fijación de tarifas.
69. La primera vía corresponde al artículo 25, inciso final de la LGT, que señala: *“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”*.
70. Se trata de una hipótesis de tarificación que opera por el solo ministerio de la ley (esto es, sin que requiera una declaración judicial previa), aplicable a los precios o tarifas de interconexión aplicadas entre concesionarios por servicios prestados a través de interconexiones. Lo anterior, se funda en que las interconexiones permiten el acceso a redes de servicio público de telecomunicaciones sobre las cuales existe un monopolio de cada concesionario de esas redes, y respecto de la terminación de comunicaciones con los abonados que las utilizan.
71. Cabe indicar que esta norma ha sido materia de una interpretación administrativa por parte de la Subtel (de conformidad con el artículo 6° de la LGT), por medio de la Resolución Exenta N°1879 de 20 de agosto de 2016, de la Subtel, que determina el sentido y alcance del inciso final del artículo 25° de la LGT, y del artículo 32° del plan técnico fundamental de encaminamiento telefónico (“Resolución Exenta N°1879”). En ella, se establece el procedimiento de cobro y de impugnaciones que rige la prestación de servicios de interconexión, así como el tratamiento que cabe dar frente a daños que generen las concesionarias entre sí y/o a los usuarios.
72. Vinculada con esta última Resolución, al ser interpretado por ella, se encuentra el artículo 32 del Decreto Supremo N°746 de 1999⁶² (“DS N°746”), que dispone: *“Los precios o tarifas aplicados entre las concesionarias por los servicios prestados a través de las interconexiones, que incluyen entre otros a la totalidad de los servicios asociados al Título V de este Plan, serán fijados de acuerdo con lo establecido en los artículos 30° a 30° J de la ley. **Mientras no sean fijados por la autoridad los***

⁶² Decreto dictado con fecha 29 de diciembre de 1999 por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que “Aprueba plan técnico fundamental de encaminamiento telefónico”, cuyos considerandos indican que: “1. La necesidad de adecuar la reglamentación vigente al estado actual de la tecnología y, con ello, a los nuevos servicios que las concesionarias de telecomunicaciones pueden proveer tanto a sus usuarios como a otras concesionarias a través de las interconexiones con objeto de mejorar la competencia en la provisión de los servicios mediante el uso eficiente de la red pública telefónica; 2. La necesidad de disponer de un Plan Técnico Fundamental de Encaminamiento Telefónico que permita realizar en forma oportuna los cambios que el desarrollo de nuevas tecnologías y servicios de telecomunicaciones exijan”. Al respecto, el artículo 1° del DS N° 746 permite concluir que se trata de una normativa aplicable a los SMS, porque regula las comunicaciones entre redes de concesionarias a través de interconexiones respecto de concesionarias de servicio público del mismo tipo y suministradores de servicios complementario al servicio público telefónico, habiendo tenido los SMS, según se examinó, este último carácter para la Subtel.

precios o tarifas de tales servicios, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo, sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre las concesionarias" (énfasis propio).

73. El artículo 32 del DS N°746 tiene importancia para el problema de competencia que se contiene en este informe, toda vez que ha permitido mantener un régimen de libertad tarifaria a pesar de que conforme al inciso final del artículo 25 de la LGT, de mayor jerarquía, procedería en este caso la fijación de precios por el solo ministerio de la ley.
74. La segunda vía para fijar precios es el artículo 29 de la LGT, que establece la atribución del H. TDLC para determinar que ciertos servicios se encuentran afectos a fijación de precios por no existir condiciones de mercado suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, con exclusión de la telefonía móvil. Esta norma ha sido utilizada para fijar precios tanto por las antiguas Comisiones Resolutivas⁶³ como por el H. TDLC⁶⁴.
75. Cabe señalar que una interpretación armónica de los artículos 25 y 29 de la LGT, debería conducir a señalar que el H. TDLC solamente puede disponer la regulación de tarifas para aquellos servicios de telecomunicaciones que no están afectos a esa fijación por el solo ministerio del artículo 25 de la LGT.
76. En base a lo expuesto, y en atención a que los servicios de interconexión entre concesionarios para inyectar o ingresar SMS a las redes de servicio público de telecomunicaciones son susceptibles de enmarcar dentro de un servicio que se encuentra afecto a regulación de precios por el solo ministerio de la ley, es que esta Fiscalía considera pertinente efectuar una recomendación tendiente a que se aplique dicha norma, dictándose los actos administrativos y reglamentarios necesarios para incluir en el actual proceso de tarificación los precios por los servicios de terminación de todo SMS entre concesionarios, así como todos los servicios de habilitación asociados a la interconexión para la correcta operación del servicio⁶⁵, al ser la vía más expedita de solución del asunto identificado en este Informe.
77. Con todo, ello no obsta a futuras acciones o medidas de esta FNE en el permanente ejercicio de sus atribuciones. En este sentido, la recomendación que consta en este Informe es un instrumento complementario al ejercicio de acciones ante el H. TDLC respecto de conductas pasadas que produzcan efectos anticompetitivos o que

⁶³ Por ejemplo, véase Comisión Resolutiva N° 394, de 1993; Comisión Resolutiva N° 515, de 1998; Resolución N° 686, de 2003.

⁶⁴ Informe N° 2/2009 TDLC.

⁶⁵ La prestación de los servicios de terminación incluye todos los servicios de habilitación asociados a establecer y aceptar las interconexiones del servicio regulado, de acuerdo con las normas técnicas y procedimientos que establezca la Subtel, con la finalidad de que los suscriptores y usuarios puedan comunicarse entre sí, de conformidad al artículo 25 inciso 1° de la LGT. Esos servicios de habilitación también son monopólicos porque los presta el concesionario titular de cada red de telecomunicaciones.

tienden a producir esos efectos. Sin embargo, como se señaló, el foco de estas recomendaciones es prospectivo y los hallazgos descritos en este informe tienen una utilidad centrada en generar mejoras competitivas a ser implementadas por los agentes públicos sectoriales, en este caso, por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

VI. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

78. En la presente sección se tratarán los distintos aspectos competitivos que justifican la fijación de precios en este caso. Así, se analizará el carácter de monopolio que cada operador tiene en la oferta de terminación de SMS (apartado a.), luego se dará cuenta de la inexistencia de sustitutos *aguas arriba* en los servicios de terminación de SMS y *aguas abajo* de los servicios de SMS (apartado b.), para concluir con el análisis de precios por los servicios de terminación de mensajería corta (apartado c.), así como a la falta de justificaciones técnicas para efectuar distinciones entre tipos de mensajes (apartado d.).

a. Monopolio de los operadores en la oferta de terminación de SMS

79. Como se ha anticipado, la FNE considera que cada uno de los OMR⁶⁶ cuenta con un monopolio respecto de los servicios de terminación de su red, tal como ha sido señalado por esta FNE en investigaciones previas relativas a la materia⁶⁷.

80. En efecto, si bien en la Tabla N°1 es posible observar que particularmente cada OMR tiene una participación en abonados móviles menor al 40%, el mercado relevante involucrado no corresponde a dicho nivel para efectos de los servicios de terminación de mensajería corta, sino que cada operador tiene, de forma insustituible, la totalidad de la oferta de ingreso a sus redes para efectos de terminación en sus abonados de mensajes cortos con numeración de origen de cualquier otro operador.

81. A fin de ilustrar lo anterior, la Figura N°4 muestra un ejemplo de comunicación desde el SMSC (elemento de la red cuya función es enviar/recibir los mensajes de texto) de Entel hacia un abonado móvil de Wom. En este diagrama⁶⁸, se destaca con color rojo el flujo que debe recorrer un SMS (de forma abreviada)⁶⁹ para que Entel pueda terminar un mensaje de texto en un cliente de Wom

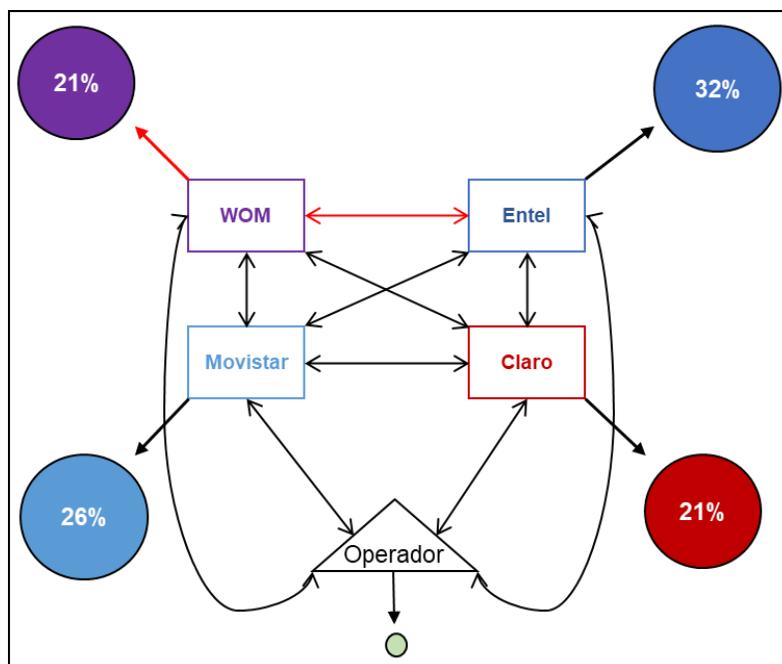
⁶⁶ Sin perjuicio de lo indicado, se destaca nuevamente que cualquier operador con concesión que posea una cartera de abonados que pueda recibir mensajería corta y que posea el control sobre la terminación de SMS en dichos abonados, también detenta un monopolio.

⁶⁷ Ver Informe N°1544-09, de fecha 4 de septiembre de 2012. Párrafo N°10 y N°11. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/inpu_047_2012.pdf

⁶⁸ Nótese que la flecha es bidireccional debido a que así está definida técnicamente la conexión entre las partes.

⁶⁹ Desde el SMSC de Entel, mediante una conexión punto a punto sobre internet (VPN) utilizando el protocolo SMPP para comunicarse con el SMSC de Wom. Luego Wom termina el mensaje en su abonado móvil correspondiente.

Figura N°4: Flujo de terminación (en rojo) de mensaje de Entel en abonados móviles de WOM.



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

82. Como se observa, la única forma de Entel para acceder a los abonados móviles de Wom (círculo morado) es a través de la red propia de Wom. Este ejemplo es extrapolable a los demás OMR, así como a otros operadores concesionados.
83. En relación con los servicios de interconexión, destaca el pronunciamiento del H. TDLC en el Informe N°2/2009, en el cual se señala que las empresas deben competir por precio y por calidad de servicio, y no por la posibilidad de acceso a otros usuarios⁷⁰. Así, en servicios públicos, cada usuario debe tener asegurada la posibilidad de conectarse con los suscriptores de todas las empresas. De esta forma, una empresa que presta servicios de SMS requiere de interconexión con todas las empresas para ofrecer sus servicios y ser un competidor creíble y real, tal como resguarda la regulación sectorial descrita precedentemente.
84. Así, la necesidad de interconexión a todos los concesionarios con redes tiene una consecuencia económica directa, ya que permite constituirse en competidor en el mercado de los SMS, teniendo respecto a dicho acceso, como hemos visto, un monopolio cada una de las OMR respecto de sus redes. En otras palabras, el único agente económico que podría realizar una acción con implicancias en competencia (por ejemplo, excluir) es el dueño de la red.
85. Asimismo, esto ha sido señalado por las mismas empresas afectadas en las tomas de declaración realizadas, en que se ha señalado, por ejemplo, que: *“WOM tiene el 100% de sus abonados, no tengo manera, si un Banco me contrata para mandar*

⁷⁰ Informe N° 2/2009 TDLC, considerandos 135° a 148°.

*mensaje de texto porque le están robando la tarjeta de crédito, no tengo manera de entrar a WOM si no es por WOM*⁷¹.

86. En este mismo sentido, la Sentencia N°88/2009 TDLC, en el considerando 58°, habla de que el dueño de la red de terminación de la llamada tiene respecto del acceso a esa red “*un significativo poder de mercado*”:

“Que, a juicio de este Tribunal, 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, TMCH 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”.

87. A ello, agrega el considerando 60° lo siguiente:

“Que, tal como ya se ha establecido, el acceso a la red de la empresa móvil correspondiente –en este caso la demandada– resulta esencial para que, en el mercado “aguas abajo” puedan participar las empresas proveedoras del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net”.

88. La doctrina también se pronuncia en esta misma dirección. Por ejemplo, Manuel Willington⁷² señala un caso francés en que se persiguió a las empresas France Telecom, SFR Cegetel y Bouygues Telecom. Al respecto, el Consejo de Competencia francés determinó la existencia de tres mercados para la terminación de llamadas en redes móviles, correspondiendo cada uno al monopolio sobre las terminaciones de llamadas dentro de su red.

89. Este enfoque es también consistente con las definiciones de mercados susceptibles de regulación *ex ante* que realiza la Comisión Europea. En la revisión del año 2007⁷³, se identifican los mercados de “*Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales*” en los que cada operador es monopolista.

90. Adicionalmente, la Autoridad de Competencia y Consumidor de Australia (“ACCC”, por su nombre en inglés), en un proceso de consulta finalizado el año 2019 acerca de la declaración del servicio de terminación del acceso móvil, señala en su reporte final⁷⁴ que “(...) en el mercado mayorista [de terminación de SMS], cada OMR tiene

⁷¹ Declaración de Fibersat, de fecha 22 de junio de 2022. Asimismo, declaración Industel, de fecha 29 de junio de 2022.

⁷² Willington, Manuel, 2010, *Informe: Mercados relevantes para el servicio de telecomunicaciones: Enfoques de la FNE y el TDLC y revisión internacional*, FNE, p. 89.

⁷³ The European Commission Recommendation 2007/879/EC, p. 5. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2007/879/oj> [última consulta 30 de enero de 2023].

⁷⁴ Mobile terminating access service declaration inquiry 2018, Final Report, ACCC, p. 23. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/telecommunications-and-internet/mobile-terminating-access-service-declaration-inquiry-2018/final-report> [última consulta 30 de enero de 2023].

el control exclusivo de su red y, por tanto, el monopolio de la oferta de terminación de SMS en su red”.

91. Por tanto, esta FNE considera, a partir de la jurisprudencia nacional e internacional, así como de los hallazgos de la investigación, que hay a lo menos tantos mercados de terminación de SMS como OMR, en cada uno de los cuales el respectivo operador (Claro, Entel, Movistar y Wom) detenta un monopolio.

b. Inexistencia de servicios sustitutos suficientemente cercanos en los servicios de terminación y en los servicios de mensajería corta

92. En opinión de la FNE, es importante resaltar que en los mercados *aguas arriba* cada operador tiene el control exclusivo de su red y, por tanto, el monopolio de la oferta de terminación de SMS en dicha red. Asimismo, los servicios de terminación de SMS son un insumo esencial para la prestación de los servicios de mensajería corta en el mercado *aguas abajo*.

93. Así, en relación con la terminación de mensajería corta, no existe un servicio alternativo que permita a un operador (OMR, OMV, VoIP) terminar un SMS en la red de otro operador, por lo que no existen sustitutos en la oferta de terminación de SMS en los mercados mayoristas⁷⁵.

94. Ahora bien, con respecto a la provisión de servicios SMS *aguas abajo*, debe también destacarse que una característica fundamental del SMS es que puede ser recibido por la totalidad de los abonados con acceso a la señal de telefonía móvil⁷⁶, a diferencia de los servicios OTT⁷⁷ de mensajería instantánea como WhatsApp Messenger, Facebook Messenger, Instagram, Telegram, entre otros, los cuales necesitan de una aplicación y conexión a internet de por medio.

95. Por tanto, un indicador fundamental para comparar los servicios SMS y los servicios de mensajería instantánea OTT, corresponde a la tasa de penetración de estas últimas en los abonados móviles nacionales. Para ilustrar dicha situación, se puede

⁷⁵ Para relación a las comunicaciones de tipo A2P, teóricamente los integradores de SMS podrían constituir un posible sustituto a la oferta mayorista de terminación en virtud de acuerdos de servicio on-net con cada uno de los operadores. No obstante, en la práctica, dicha sustitución no ocurre pues: (i) los operadores concesionados están obligados a establecer interconexiones; y (ii) dicha alternativa siempre será más costosa para los operadores, pues cada operador sigue teniendo el monopolio de la oferta de terminación en su red, en efecto, los precios examinados entre operadores concesionados y empresas integradores son mayores a los precios bidireccionales acordados entre operadores con concesión.

⁷⁶ Por ejemplo: (i) Declaración de Fibersat, de fecha 22 de junio de 2022: “Si uno va al banco y le dice yo tengo tal número, es tal número y ese mensaje de texto va a llegar al 100% de todos los teléfonos de Chile, no así WhatsApp, o no así Telegram. Por ejemplo, una persona que está en Chiloé, una persona que es un pescador, y tiene un teléfono, el mal llamado ladrillo, le va a llegar igual un mensaje de texto”; (ii) Declaración de Altera, de fecha 22 de junio de 2022: “con el SMS basta solamente con tener un teléfono”.

⁷⁷ Un servicio OTT (siglas en inglés de *over-the-top*) consiste en la transmisión de datos, audio, video y otros contenidos a través de internet, sin la participación de operadores de telecomunicaciones en la distribución o control de dicho contenido.

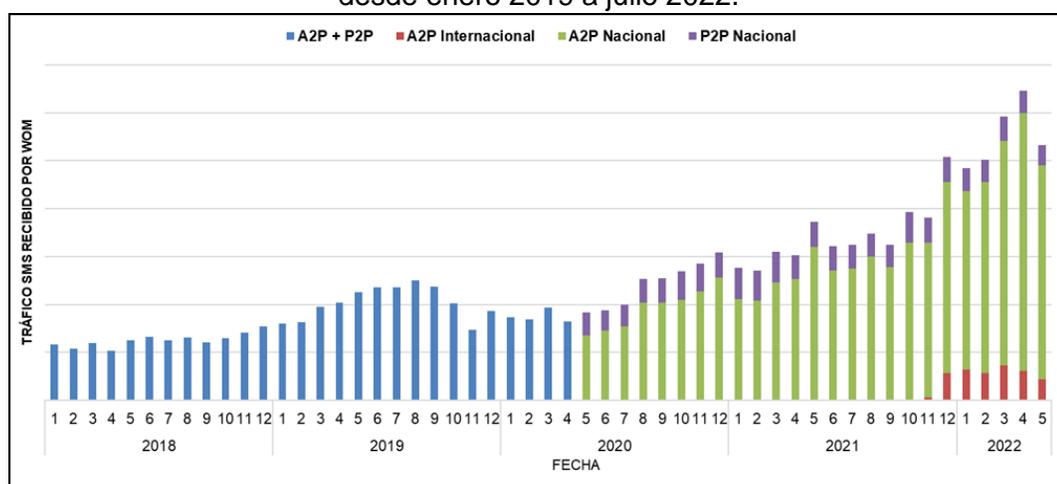
indicar que éstas no alcanzarían a la totalidad de los abonados⁷⁸ y, además, requiere que el emisor del mensaje verifique primero qué aplicación específica usa cada uno de sus destinatarios.

96. En consecuencia, debido a la falta de universalidad de las plataformas más populares de mensajería instantánea OTT en Chile, esta Fiscalía considera que los servicios provistos en el mercado de los SMS no pueden ser sustituidos actualmente de manera efectiva por la mensajería instantánea, sin perjuicio de que con el avance tecnológico dichas plataformas puedan alcanzar a ser sustitutos en algún momento.

97. Otro hecho relevante corresponde a la evolución en los últimos tres años de la mensajería SMS A2P en nuestro país, ya que, a pesar del desarrollo de la mensajería instantánea, el uso de la mensajería corta A2P en nuestro país continúa en aumento.

98. A modo ilustrativo, el Gráfico N°2 muestra la evolución de la terminación de SMS en las redes de Wom. En el gráfico se puede observar una clara tendencia al alza del tráfico que -según las métricas de dicha compañía- serían A2P. En efecto, desde la segunda mitad del año 2020, la cantidad ha crecido a una tasa de aproximadamente un 70% promedio semestral⁷⁹.

Gráfico N°2: Evolución mensual del tráfico SMS terminado en las redes de WOM, desde enero 2019 a julio 2022.



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

99. Finalmente, se ha constatado en diversas tomas de declaración de empresas de distintos rubros, tales como *retail*, banca, salud y seguridad social⁸⁰, que ellos se comunican con sus clientes utilizando servicios de aplicación a persona (A2P) y que

⁷⁸ Según un estudio realizado por la Corporación Latinobarómetro en 2018, la penetración de WhatsApp en Chile alcanzó un 80%. Ver nota resumen: <https://www.biobiochile.cl/noticias/ciencia-y-tecnologia/moviles-y-computacion/2019/04/02/chile-es-el-segundo-pais-de-latinoamerica-que-mas-usa-whatsapp-segun-reporte-internacional.shtml> [última consulta 30 de enero de 2023].

⁷⁹ Calculado como la media geométrica de las variaciones respecto al mismo semestre del año anterior. Asimismo, no se considera el segundo semestre de 2022 pues solo se tienen datos sobre el mes de julio.

⁸⁰ En este sentido, véase: (i) Declaración de Banco Falabella, de fecha 27 de septiembre de 2022; (ii) Declaración de Examedi, de fecha 29 de septiembre de 2022; y (iii) Declaración de Caja de Compensación Los Andes, de fecha 18 de octubre de 2022.

la mensajería instantánea, los SMS y las comunicaciones vía e-mail, son canales complementarios en las estrategias de comunicación y contacto con sus usuarios (multicanalidad y omnicanalidad).

c. Análisis de precios de terminación de SMS

100. En base a la información recabada en la Investigación, se comprueba que actualmente en los mercados de terminación de SMS existen tarifas bidireccionales iguales entre concesionarios, que a la vez pueden ser diferentes de las tarifas aplicadas entre pares de operadores.
101. Uno de los hitos relevantes con respecto a los precios de terminación de los últimos tres años, ocurrió en diciembre de 2019 (casi dos años antes de la diferenciación unilateral de precios por el servicio de mensaje A2P Internacional por parte de Wom), en que se renegociaron a la baja en aproximadamente un 80% las tarifas de terminación aplicadas por los OMR a otros operadores VoIP concesionados, alcanzando un valor de \$2,1 promedio sin IVA. Sin embargo, las tarifas bidireccionales entre los OMR se mantienen hasta hoy en los valores previos a la renegociación.
102. De esta forma, se observa que cada operador mantenía, a lo menos, dos niveles de tarifas: uno para los VoIP y otro para los demás OMR (operando, en este último nivel, la compensación de los montos adeudados bilateralmente).
103. También se observa, desde noviembre de 2021, la aparición de la tarifa para el tráfico catalogado únicamente por Wom como A2P Internacional, la cual es cobrada a todos los operadores (VoIP u OMR) con un valor de \$78,99 sin IVA por mensaje, siendo aproximadamente 67 veces mayor que la tarifa mínima cobrada.
104. Lo expuesto en los párrafos precedentes da cuenta de que, al no haber sustitutos en el mercado de servicios de terminación de SMS, los operadores son capaces de determinar el precio de la terminación en su red bajo criterios que no necesariamente se refieran a su estructura de costos. Ese precio bajo condiciones de libertad tarifaria puede generar distorsiones en los mercados involucrados, pudiendo perjudicar así el correcto funcionamiento de ambos.

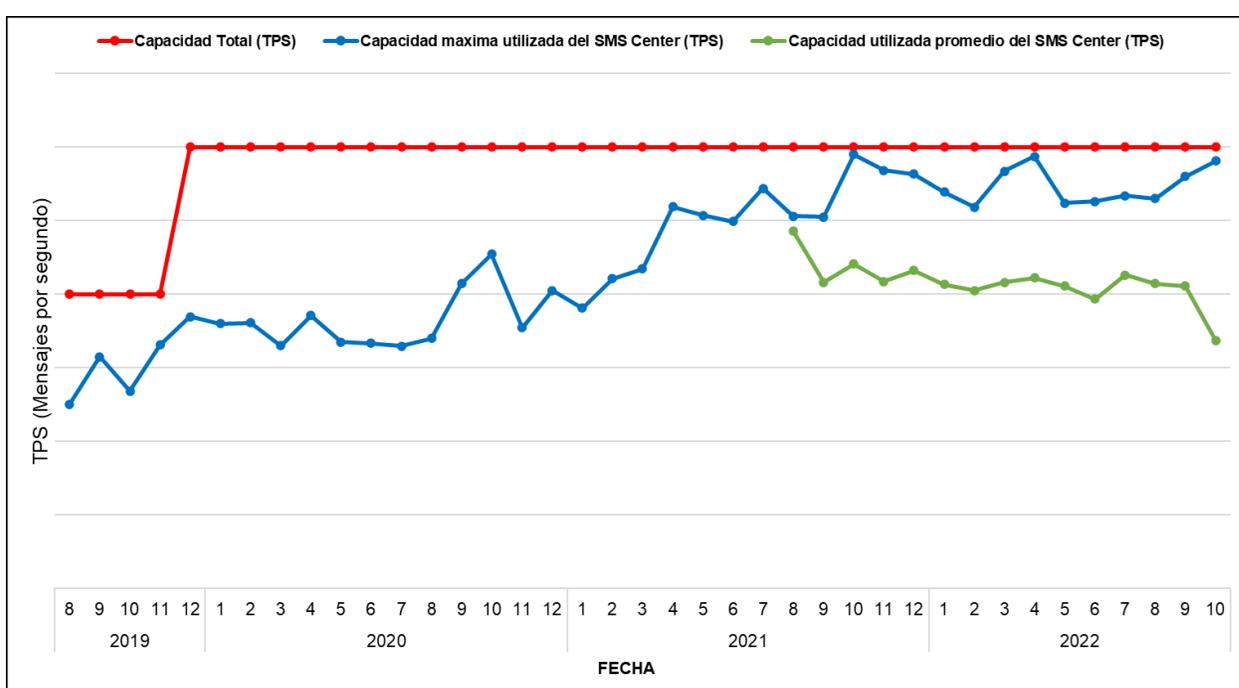
d. Ausencia de justificación de distinciones entre SMS para su tarificación

105. Otro aspecto importante que considerar en los mercados de terminación de SMS es la capacidad de procesamiento de los mensajes recibidos por cada operador en su SMS Center, los que definen el límite de SMS por segundo (“TPS”) que puede admitir. Dicha infraestructura y su mantención son uno de los costos necesarios para la interconexión, siendo, además, uno de los motivos que Wom manifestó para la creación del cobro por A2P Internacional.

106. A fin de analizar dicho tópico a partir del caso de Wom (pero siendo extrapolable lo indicado a toda la industria), se observa, en primer lugar, que no existen motivos para atribuir a un determinado tipo de tráfico el redimensionamiento que se requiera a nivel general.

107. En segundo lugar, debe también considerarse que el aumento de los SMS no necesariamente produce una necesidad inmediata de redimensionamiento. Así, por ejemplo, en el caso de Wom, se pueden observar en el Gráfico N°3 solo algunos momentos puntuales en que el uso máximo del SMS Center (octubre de 2021, abril y octubre de 2022) se ha encontrado cerca del máximo técnico⁸¹.

Gráfico N°3: Evolución mensual de la capacidad máxima del SMS Center de WOM vs. la capacidad utilizada máxima promedio, desde agosto de 2019 a octubre de 2022



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en la investigación rol N°2699-22 FNE.

108. En tercer lugar, esta Fiscalía no considera que los costos de aumentar la capacidad del SMS Center sean razón suficiente para aplicar ajustes significativos a las tarifas, como lo ha hecho Wom.

109. Para explicar lo anterior, debe notarse que, como también muestra el Gráfico N°3, en 2019 Wom aumentó su capacidad del SMS Center. Dicha inversión estuvo en condiciones de ser recuperada en 12 meses si Wom hubiera incrementado la tarifa promedio de terminación de SMS, vigente con antelación al aumento de la tarifa A2P Internacional, en un 1%⁸².

110. A mayor abundamiento, a partir de los hechos observados en el caso de Wom, se puede observar que el uso de sistemas de aprendizaje automático o *machine learning*⁸³ para catalogar o identificar diferentes tipos de SMS, sin tener claridad

⁸¹ Respuesta de WOM al Oficio Ord. 862-22 FNE del 8 de junio de 2022.

⁸² Cálculo basado en la respuesta de WOM al Oficio Ord. 862-22 FNE del 8 de junio de 2022.

⁸³ Declaración de Infobip, de fecha 30 de mayo de 2022.

acerca de los criterios de clasificación y de si éstos reconocen que la terminación de distintos tipos de SMS no presenta diferencias de costos, refuerza la conclusión de tales distinciones no son justificables desde un punto de vista de la competencia.

VII. POTENCIALIDAD DE GENERACIÓN DE RIESGOS A LA COMPETENCIA POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE TARIFAS

111. En este apartado, se examinará el escenario en que se mantenga la situación actual, sin una regulación tarifaria para los servicios de terminación de SMS, y los riesgos que ello puede traer a nivel explotativo (apartado a.), a nivel exclusorio (apartado b.), así como las situaciones riesgosas para la competencia que pueden generarse por una eventual masificación de prácticas como las realizadas por Wom (apartado c.).

a. Riesgo explotativo

112. La subsistencia de un régimen de libertad tarifaria en la materia genera, adicionalmente, la potencialidad de dos tipos de riesgos explotativos.

113. El primero, asociado a hipotéticos incrementos de precios como los que han sido observados en esta Investigación.

114. El segundo, vinculado a la imposición de cláusulas contractuales abusivas, injustas o desproporcionadas. Al respecto, la existencia de un monopolio en cada una de las terminaciones de red de SMS permite que se impongan servicios o condiciones que sean consecuencia directa del ejercicio de ese poder de mercado.

b. Riesgo exclusorio

115. El que se verifica porque cada operador detenta un monopolio en la oferta de terminación de SMS en sus redes, en la medida de que exista un régimen de libertad tarifaria en las interconexiones entre operadores. De esta forma, éstos pueden ejercer su poder de mercado para fijar de manera discriminatoria los precios de terminación de mensajería corta a algunos agentes del mercado, con la posibilidad de excluir a aquellos que basan gran parte de sus ingresos en la prestación de servicio de mensajería SMS en el mercado *aguas abajo* al aumentar los costos de provisión del servicio, sin la posibilidad de traspasar dicho incremento a sus clientes finales⁸⁴.

⁸⁴ Declaración de Fibersat, de fecha 22 de junio de 2022. Asimismo, declaración de Industel, de fecha 29 de junio de 2022.

c. Potencial alcance de este tipo de cobros

116. En un análisis contrafactual realizado por esta FNE⁸⁵, el ingreso total aproximado en 12 meses, sin el cambio de tarifa de los mensajes calificados por Wom como A2P Internacionales, correspondería a montos entre \$100 y 150 millones sin IVA, en contraste de los más de \$6.000 millones obtenidos con el incremento unilateral del precio. Por tanto, el aumento del precio promedio de terminación de SMS en las redes de Wom de dichos mensajes tuvo una magnitud aproximada de 5.400%.

117. En caso de que los demás OMR adoptasen la misma política de Wom, y considerando tales precios como *proxy*, la actual libertad tarifaria puede resultar en aumentos de precios que generen ingresos del orden de \$30 mil millones anualmente⁸⁶, equivalentes a US\$ 36 millones⁸⁷. Ello, sin considerar otros posibles aumentos de precios que podrían buscar implementarse en un régimen de precios libres.

VIII. RECOMENDACIÓN NORMATIVA

118. A partir del poder monopólico identificado en este Informe, la FNE considera que los riesgos a la competencia provenientes de los hechos objeto de la Investigación, así como de su eventual replicación por parte de otros actores del mercado, pueden morigerarse a futuro de forma relevante aplicando una fijación de precios de los servicios de terminación de todo SMS entre concesionarios.

119. En ese sentido, esta División considera apropiado que la Sra. Fiscal Nacional Económico (S) recomiende a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, lo siguiente:

(1) Primera recomendación: Inclusión de los servicios de terminación de todo SMS en los actuales procesos de fijación tarifaria

120. Esta primera recomendación consiste en la necesidad de realizar los actos administrativos necesarios para incluir en el actual proceso de fijación de tarifas los cobros por los servicios de terminación de todo SMS (esto es, sin ningún tipo de clasificación o distinción) de acuerdo con el inciso final del artículo 25 de la LGT. La mención al actual proceso regulatorio de tarifas refiere al de la fijación tarifaria

⁸⁵ Calculado como el número de mensajes A2P catalogados como internacionales multiplicado por el precio del SMS A2P nacional del contrato de la empresa con WOM.

⁸⁶ En 12 meses de implementación, Wom ha obtenido cerca de 6 mil millones de pesos chilenos sin IVA por la conducta investigada. Además, dicha empresa posee aproximadamente el 20% de los abonados móviles totales, por lo tanto, si la conducta es replicada por los demás OMR, dichos ingresos a nivel de industria se quintuplicarían.

⁸⁷ Dólar observado al día 17 de enero de 2023. Ver página web del Banco Central de Chile: <https://si3.bcentral.cl/indicadoressiete/secure/IndicadoresDiarios.aspx> [última consulta 30 de enero de 2023].

correspondiente al año 2024 de los 4 OMR⁸⁸, donde el cobro por los servicios mencionados debe incorporarse en las Bases Técnicas Económicas que presente la Subtel.

121. A efectos de que la tarificación de ese servicio no sea eludida con un incremento de precios en los servicios de habilitación respectivos, se hace indispensable que la inclusión en el actual proceso tarifario contemple todos los servicios de habilitación asociados a la interconexión que sean necesarios para la correcta operación del servicio, conforme el artículo 25 inciso 1° de la LGT.

122. Respecto a la aplicación del artículo 25 de la LGT, cabe enfatizar que, de conformidad a esa norma, estarán sujetas a regulación tarifaria por el solo ministerio de la ley los precios o tarifas cobradas entre concesionarios por servicios prestados por interconexiones. Pues bien, precisamente una de esas tarifas corresponde a los precios que determinan concesionarios por el servicio de terminación de SMS, cuya necesidad de interconexión ordena la Resolución Exenta N°1633 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en su artículo 1°⁸⁹.

123. La conclusión anterior rige incluso aunque no se entienda que los SMS corresponden a un servicio público de telecomunicaciones, porque poseer esa calidad no corresponde a un requisito indispensable para proceder a la tarificación de acuerdo con el artículo 25 inciso final de la LGT.

b. Segunda Recomendación: Derogación o modificación de la normativa que sea contradictoria con la primera recomendación

124. Según se señaló *supra*, el artículo 1° letra d) de la Resolución Exenta N°1319 califica los servicios de SMS como servicios complementarios. Asimismo, el artículo 32 del DS N°746, permite la subsistencia, en la práctica, de un régimen de libertad de precios.

125. Al respecto, por razones de coherencia con la primera recomendación, es necesario que se derogue o, a lo menos, se modifique tales normativas, así como toda otra que entregue a los servicios de terminación de SMS la calidad de servicio complementario de telecomunicaciones y/o que sea contradictoria con la fijación de precios recomendada en este informe⁹⁰.

⁸⁸ Que, a modo meramente ilustrativo, se encuentran informados en los links respectivos que respecto de cada OMR puede ingresarse a partir de la siguiente página principal: <https://www.subtel.gob.cl/inicio-concesionario/procesos-tarifarios/moviles-y-del-mismo-tipo/> [última consulta 30 de enero de 2023].

⁸⁹ Norma que dispone que: “Las concesionarias requeridas de interconexión para el intercambio de mensajes, deberán ponerlas en servicio dentro del plazo máximo de tres meses contados desde la fecha de recepción de la respectiva solicitud de interconexión”.

⁹⁰ Se hace presente que la implementación de ambas recomendaciones es perfectamente compatible, dado que las normas que tendrían un sentido contradictorio con la necesaria tarificación de los servicios de terminación de todos los SMS entre concesionarios tienen carácter infralegal, poseyendo una jerarquía normativa inferior al artículo 25 inciso final de la LGT. Con todo, dichos

IX. CONCLUSIONES

126. A partir de la Investigación se ha podido concluir que es necesario realizar recomendaciones de cambios reglamentarios que fomenten la competencia en los distintos mercados relevantes de terminación de SMS, en cada uno de los cuales los OMR detentan una posición monopólica.
127. Al respecto, la regulación vigente da cuenta de que se trata de un servicio sobre el cual actualmente se aplica un régimen de libertad de precios, el que trae aparejadas posibles hipótesis de carácter explotativo y excluyente, según se ha expuesto en el Capítulo VII.
128. Por ello, de acuerdo a lo dispuesto en la letra q) del artículo 39 del DL 211 y al inciso final del artículo 25 de la LGT, resulta apropiado sugerir a la Sra. Fiscal Nacional Económico (S), proponer la formulación de recomendaciones al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, siendo la principal de ellas la dictación de los actos administrativos y reglamentarios necesarios para la inclusión en el actual proceso de fijación tarifaria, los cobros por los servicios de terminación de todo SMS entre concesionarios, que incluya todas las tarifas por todos los servicios de habilitación asociados a las interconexiones para la correcta operación del servicio, de conformidad al artículo 25 inciso 1° de la LGT.
129. Finalmente, debe hacerse presente que la recomendación aquí expuesta no obsta el ejercicio de otras acciones de libre competencia por parte de esta Fiscalía, ni debe entenderse como contraria a las pretensiones que están siendo sometidas al conocimiento del H. TDLC. Asimismo, debe indicarse que se estima apropiado que la Investigación se mantenga abierta a fin de evaluar las circunstancias propias de la industria.

Saluda atentamente a usted,

GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

NCD

ajustes permitirían tener un marco normativo consistente con el entendimiento de que la terminación de SMS corresponde a un servicio objeto de tarificación.