

Santiago, 14 de diciembre de 2023

VISTOS:

1. La presentación de fecha 19 de enero de 2023, correspondiente al ingreso correlativo N°33.846-2023 ("**Notificación**"), mediante la cual InfraCo SpA ("**OnNet**") y Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. ("**Entel**" y, con OnNet, "**Partes**") notificaron a la Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**") una operación de concentración, consistente en la adquisición de control sobre activos de Entel por parte de OnNet, correspondientes a la infraestructura de fibra óptica para prestar servicios de conectividad, y la suscripción de un contrato denominado "Contrato Marco para Servicios de Conectividad sobre Redes de Fibra Óptica Existentes y Futuras" ("**Contrato de Servicios**" y, a todo, "**Operación**").
2. La resolución de inicio de investigación dictada por la Fiscalía con fecha 31 de enero de 2023, que instruyó el inicio de ésta bajo el rol FNE F340-2023 ("**Investigación**"), dando comienzo al procedimiento previsto en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 ("**DL 211**").
3. La resolución de fecha 14 de marzo de 2023, por medio de la cual la Fiscalía extendió la Investigación por un plazo máximo de 90 días adicionales, por estimar que la Operación podría reducir sustancialmente la competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 letra c) del DL 211 ("**Fase 2**").
4. El informe de la División de Fusiones de la FNE, de fecha 11 de julio de 2023, donde se informó a las Partes los riesgos que la Operación podría generar para la libre competencia en base a los antecedentes de la Investigación, conforme a lo establecido en el artículo 53 del DL 211 ("**Informe de Riesgos**"), y la presentación complementaria sobre los riesgos de la Operación, expuesta a las Partes con fecha 31 de agosto de 2023 ("**Presentación de Riesgos**"), donde se precisó el análisis y se detallaron conclusiones respecto a los efectos de la Operación.
5. El acuerdo de suspensión de plazos que las Partes y la FNE suscribieron el día 18 de julio de 2023, correspondiente al día 86 de Fase 2, por un término de 35 días hábiles administrativos, conforme prevé el artículo 60 inciso segundo del DL 211.
6. Las distintas presentaciones de medidas de mitigación acompañadas por las Partes en las siguientes fechas: (i) primer paquete de remedios de fecha 5 de septiembre de 2023, ingreso correlativo N°43.612-2023; (ii) segundo paquete de remedios de fecha 29 de septiembre de 2023, ingreso correlativo N°44.998-2023; (iii) tercer paquete de remedios de fecha 23 de octubre de 2023, ingreso correlativo N°46.305-2023; (iv) cuarto paquete de remedios de fecha 30 de octubre de 2023, ingreso correlativo N°46.418-2023; (v) quinto paquete de remedios de fecha 20 de noviembre de 2023, ingreso correlativo N°47.718-2023; y (vi) sexto paquete de remedios de fecha 13 de diciembre de 2023, ingreso correlativo N°47.974-2023 (esta última, las "**Medidas de Mitigación**" o "**Medidas**").
7. El informe evacuado por la División de Fusiones de la Fiscalía con esta misma fecha, en el que se recomienda la aprobación de la Operación sujeta a las Medidas de Mitigación ("**Informe**").
8. Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 39, 50, 52, 53, 54 y 57 del DL 211, y demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables; y

CONSIDERANDO:

1. Que la Operación consiste en la adquisición por parte de OnNet de la infraestructura de fibra óptica de Entel, en virtud de la celebración de un Acuerdo Marco de Compraventa de Activos entre las Partes ("**Compraventa de Activos**"), y en la celebración del Contrato de Servicios, por el cual OnNet prestará servicios de conectividad de manera recurrente y exclusiva a Entel.
2. Que OnNet es una sociedad por acciones constituida en Chile que se dedica a la prestación de servicios mayoristas de conectividad a través de su red de fibra óptica, orientados a operadores de telecomunicaciones para que éstos, a su vez, presten servicios de conectividad a los clientes finales. OnNet es controlada por KKR Alameda Aggregator Partners L.P., titular del 60% de sus acciones; el 40% restante es de propiedad de Telefónica. La estructura actual de OnNet tiene su origen en la operación que contempló la apertura mayorista de infraestructura de fibra óptica de Telefónica¹.
3. Que, por su parte, Entel es una sociedad anónima abierta chilena, filial indirecta de Almendral S.A. que se dedica a la prestación de diversos servicios de tecnología y telecomunicaciones. Dentro de esos servicios se encuentran servicios de conectividad fija y móvil, así como servicios de tecnología y digitales, para los segmentos de personas, empresas y grandes corporaciones.
4. Que el Contrato de Servicios² contempla estipulaciones que resultan relevantes para el análisis de la Operación y sus efectos. Éstas son: (i) cláusula 4.4.2, que establece que OnNet deberá ofrecer y prestar los servicios a Entel en términos y condiciones no discriminatorias respecto de cualquier cliente actual o futuro de OnNet, de manera que los términos y condiciones en que preste servicios a Entel sean al menos iguales, pero en ningún caso menos favorables que los otros clientes ("**Cláusula de Nación Más Favorecida**") ; (ii) cláusula 5.9, que establece que durante los primeros 15 años de vigencia del Contrato de Servicios y en las zonas geográficas que indica, OnNet tendrá exclusividad como proveedor de los servicios de conectividad FTTH a Entel y sus personas relacionadas ("**Cláusula de Exclusividad**") ; (iii) cláusula 5.10, que establece que en caso de nuevos despliegues en las zonas geográficas que indica, Entel reconocerá a OnNet el derecho de primera oferta ("**Derecho de Primera Oferta**") ; (iv) cláusula 5.11, que establece que OnNet tendrá el derecho de igualar los términos y condiciones que terceros proveedores ofrezcan a Entel para la prestación de servicios de conectividad FTTH en las zonas geográficas que indica ("**Derecho a Igualar**") ; (v) cláusula 5.12, que establece que en caso de que Entel adquiera a cualquier título la propiedad o el derecho de uso sobre una red de fibra óptica y que se encuentre emplazada en las zonas geográficas que indica, Entel se obliga, respecto de la nueva red, a no prestar servicios masivos, a no prestar servicios mayoristas y a no migrar clientes finales de la red de OnNet a la nueva red ("**Cláusula de No Competencia**") ; y (vi) secciones I.B y I.C del Anexo D sobre Condiciones Comerciales del Contrato de Servicios, que establecen el compromiso de Entel a pagar un mínimo garantizado de penetración o conexión sobre la red de OnNet ("**Compromisos de take-up Mínimo**").

¹ Informe de aprobación, Adquisición de control en filial de Telefónica Chile S.A. por parte de KKR Alameda Aggregator L.P. Rol FNE F273-2021 ("**Informe KKR/Telefónica**").

² El análisis de la Operación se efectuó considerando el Contrato de Servicios acompañado en la Notificación. No obstante, a propósito de la oferta de Medidas de Mitigación, las Partes acompañaron con fecha 6 de diciembre de 2023 una nueva versión del Contrato de Servicios, con varias modificaciones que van al tenor de las señaladas medidas, y que no se entienden dentro del término definido, salvo que expresamente se indique.

5. Que en lo que se refiere al mercado relevante afectado por la Operación, debe explicarse primero que los operadores de servicios de telecomunicaciones requieren una infraestructura que conecte los centros de datos que almacenan contenidos con el usuario final. Dicha infraestructura distingue entre la red de enlace internacional, que conecta y transfiere datos alrededor del mundo, y la red nacional, que comienza con una red de larga distancia que transporta los datos desde el enlace internacional hacia las distintas regiones, y luego una red local, que va desde aquella hasta los usuarios finales de la respectiva localidad.
6. Que la red local corresponde a la red desplegada por un operador en una localidad particular, que permite la prestación de servicios de telecomunicaciones fijos a usuarios finales. Esta incluye tanto a la infraestructura subterránea como a la aérea, desplegada en la vía pública, y a las redes tendidas dentro de condominios y edificios.
7. Que para el despliegue de la red local existen dos tecnologías útiles, la híbrida de fibra coaxial o HFC (“HFC”), que emplea fibra óptica y cable coaxial simple para la última milla, y la tecnología de fibra óptica al hogar, conocida como FTTH (“FTTH”), que emplea fibras de vidrio flexibles a través de las cuales se transmiten datos. Actualmente el primero representa aproximadamente el 30% del total de conexiones existentes en Chile mientras el segundo el 70% de éstas.
8. Que en cuanto a los actores presentes en la provisión de servicios de internet fijo, existen aquellos que cuentan con redes propias y se autoabastecen del acceso a infraestructura necesario para comercializar servicios a nivel minorista (“Operadores Integrados”), y aquellos que participan ofreciendo acceso mayorista a su red a terceros aguas abajo (“Operadores Mayoristas”). Entre los primeros se encuentran ClaroVTR, GTD y WOM. Los segundos corresponden actualmente a OnNet, Entel, Mundo y ATP. Existen finalmente un nuevo tipo de actores, que sólo compiten aguas abajo, y utilizando los servicios de los Operadores Mayoristas. Es el caso de DirecTV.
9. Que respecto al mercado relevante de producto, en investigaciones anteriores de la División de Fusiones no se ha definido de manera precisa el mercado mayorista de acceso a redes fijas de la red local³, mientras que en la jurisprudencia comparada no se observa una definición uniforme del mercado mayorista de servicios de acceso a redes de infraestructura fija, pudiendo afirmarse que las condiciones difieren significativamente entre los distintos países, dependiendo de la realidad de cada uno⁴.
10. Que durante la Investigación, se evaluó la plausibilidad de incluir las dos principales tecnologías de redes fijas alámbricas, HFC y FTTH, dentro de un mismo mercado relevante de producto, pero se concluyó –desde una mirada dinámica, y en atención a las condiciones competitivas del mercado chileno–, que el mercado relevante de producto debía incluir sólo a las redes de fibra óptica FTTH, excluyendo la tecnología HFC. En efecto, desde el punto de vista de la oferta, ningún Operador Mayorista comparte acceso a sus redes HFC, ni se prevé que lo haga en el futuro, siendo inexistente cualquier plan de despliegue en dicha tecnología. Ello se debe sumar a la complejidad técnica de este tipo de conexión y el importante mayor costo que conlleva el uso de tecnología HFC en comparación con la FTTH.

³ Al respecto, véase: Informe KKR/Telefónica, párrafo 21, e Informe de aprobación con medidas de mitigación, Asociación entre filiales de Liberty Latin America Ltd y América Móvil S.A.B de C.V. Rol FNE F295-2021 (“Informe VTR/Claro”), párrafo 187.

⁴ Véanse, por ejemplo: Comisión Europea, Caso M.10087- Proximus / Nexus Infraestructure / JV (2021) párrafo 24; Caso M.8234 – Enel / CDP Equity / Cassa Depositu E Prestiti / Enel Open Fiber / Metroweb Italia (2016); y Caso M.9728 – Altice / Omers / Allianz / Covage (2021), párrafo 75; CMA, BT Group PLC y EE Limited (2016), párrafo 18.16; DOJ, US v. Centurylink, Inc and Level 3 Communications, Inc (2017) Complaint, p. 8.

11. Que, desde el punto de vista de la demanda, ningún operador aguas abajo tiene interés en contratar servicios mayoristas de acceso a redes HFC, sin que existan antecedentes que permitan afirmar que aquello cambiará en el futuro: la tecnología HFC ha sido calificada como obsoleta, de incierto futuro y con un estándar técnico inferior al FTTH. Ello permite afirmar que existiría una baja sustituibilidad entre las redes HFC y FTTH.
12. Que, sin perjuicio de lo anterior, si bien las condiciones del mercado no permiten considerar a la tecnología HFC y la FTTH dentro del mismo mercado de producto a nivel mayorista, ello no impide analizar los efectos de la Operación considerando la presión competitiva indirecta que las redes HFC ejercen sobre el mercado mayorista. La teoría económica señala que la presión competitiva indirecta puede estar presente en cualquier industria donde existan actores verticalmente integrados. En ella, las empresas que operan aguas arriba perciben presión competitiva directa por parte de otros operadores mayoristas. Al mismo tiempo, las empresas mayoristas pueden percibir también una presión competitiva indirecta por la competencia que ocurre, a nivel minorista, entre los productos ofrecidos empleando el insumo que éstas proveen, y otros productos que se proveen mediante insumos alternativos. En este caso, aunque el insumo que ofrece un Operador Mayorista (FTTH) y el insumo alternativo (HFC) no sean sustitutos directos, igualmente pueden ejercerse cierta presión competitiva mutuamente, mediante la sustitución entre los productos o servicios comercializados a nivel minorista que utilizan ambos insumos.
13. Que, consecuentemente, la FNE analizó la relevancia de la presión competitiva que puedan ejercer los Operadores Integrados que utilizan tanto redes HFC como redes FTTH, por sobre las variables competitivas en el Mercado Mayorista.
14. Que, aguas abajo, el mercado de producto viene dado por los servicios que emplean como insumo las redes de FTTH y HFC, a nivel minorista al hogar, incluyendo servicios de acceso a internet mediante redes fijas alámbricas, servicios de televisión de pago y servicios de telefonía fija.
15. Que, en lo que se refiere al mercado relevante geográfico, éste ha sido definido como nacional, siguiendo lo resuelto por la FNE para el mercado minorista⁵, y lo señalado por la jurisprudencia nacional y comparada⁶. Ello se justifica además en la extensión de las redes de los principales Operadores Mayoristas que cuentan con una cobertura nacional, en el alcance que tienen los contratos de servicio mayorista de acceso a redes de fibra óptica, y en la determinación de precios dentro del mercado. No obstante, la Investigación muestra que en el mercado mayorista existen aspectos locales, que inciden especialmente en el proceso de despliegue de las redes. Las evaluaciones comerciales y las decisiones de expansión de los operadores se efectúan a nivel comunal o infra-comunal, considerando variables como la cantidad de competidores presentes, densidad demográfica, nivel socioeconómico, potencial de penetración, costos asociados, etcétera. Ello queda en evidencia incluso con el comportamiento de OnNet, que ha ofrecido a operadores minoristas contratar servicios mayoristas de acceso a fibra óptica limitados a comunas o regiones, para complementar la cobertura de redes de dichos operadores.
16. Que, consecuentemente, corresponde definir el mercado relevante geográfico a nivel nacional, sin perjuicio de examinar los niveles de competencia y traslapes de redes

⁵ Informe VTR/Claro, párrafo 177.

⁶ Véase: Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”), Resolución N°1/2004, p.42. y *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* de Italia, Caso I850 – Accordi / Fibercop (2022), párrafo 28.

existentes entre las Partes en determinadas zonas geográficas para efectos del análisis de cercanía y presión competitivas. Lo anterior, en atención a que, a mayor traslape geográfico entre las redes de las Partes, mayores serán los incentivos para afectar negativamente la competencia, en términos de las variables competitivas que se definen a nivel local y nacional.

17. Que, a nivel minorista, el mercado geográfico es nacional, tal como ha sostenido la FNE en decisiones pasadas⁷, sin perjuicio de ser pertinente también analizar el efecto de ciertas variables a nivel local.
18. Que para poder realizar un análisis de efectos en una operación de concentración es necesario precisar el escenario contrafactual respecto al cual se efectúa una comparación, entre los niveles de competencia que se espera que existan de perfeccionarse la Operación, con aquellos que se esperarían en ausencia de la misma. Esta situación fue particularmente compleja de determinar durante la Investigación, por el hecho de ser Entel un actor que carece de clientes actuales en el mercado mayorista. Con los antecedentes existentes en la Investigación a la fecha del Informe de Riesgos, la FNE expuso un contrafactual basado en la competencia potencial de Entel, lo que fue cuestionado por las Partes. No obstante, considerando estos argumentos y evidencia recopilada posteriormente, la Fiscalía pudo finalmente concluir, como expuso la Presentación de Riesgos, que el contrafactual apropiado para el análisis de la Operación era sin más la situación competitiva previa a ésta.
19. Que, no obstante, no fue pacífico en la Investigación la determinación fáctica de cuál era la situación competitiva previa a la Operación, pues mientras las Partes planteaban un escenario donde Entel dejaba a su red cerrada y sin operaciones, los antecedentes de la Investigación respaldaron la presencia de este actor en el mercado mayorista, como uno de los Operadores Mayoristas que han ejercido competencia actual en éste, junto con OnNet, Mundo y ATP.
20. Que para sostener lo anterior, la FNE se basó en un análisis del comportamiento previo de todos los Operadores Mayoristas, comprobándose que todos estos compitieron durante los últimos años por la contratación de un grupo determinado de potenciales clientes, no necesariamente logrando la materialización de su captura como cliente minorista como regla general, con la única excepción de OnNet que pudo acordar la provisión de sus servicios mayoristas FTTH a DirectTV. A ello pudo sumarse un análisis de documentos internos, tanto de las Partes como de terceros, que fueron unánimes en reconocer a Entel como Operador Mayorista en directa oposición a los Operadores Integrados que, aunque poseen también redes FTTH de cierta relevancia, se han abstenido de competir en el mercado mayorista, careciendo además de planes de entrada futura.
21. Que el análisis del contrafactual adecuado permite precisar el ámbito de competencia del mercado mayorista, pudiendo realizarse un análisis estructural del mismo. Revisadas las participaciones de mercado medidas por número de hogares pasados a nivel nacional para el año 2022, se ve que OnNet cuenta con entre un 40% y un 50% de participación de mercado, mientras que Entel cuenta con entre un 10% y un 20%. De perfeccionarse la Operación, la entidad resultante se transformará en el primer actor del mercado, con entre un 50% y un 60% de participación, dando lugar a un mercado altamente concentrado, pues el Índice de Herfindahl – Hirschmann (“HHI”) llega a 4.764, con un delta de 1.084, lo que supera los umbrales previstos por la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (“Guía Horizontal”).

⁷ Informe VTR/Claro, párrafo 177.

22. Que si se consideran los aspectos locales, en aquellas comunas en que la Operación genera traslapes, OnNet se alza con entre un 40% y un 50% de participación mientras Entel llega a entre un 20% y un 30%. El HHI posterior a la Operación alcanza los 5.330 con un delta de 1.876. Por otro lado, si se incluye a las redes HFC, las participaciones de las Partes se diluyen, aunque igualmente llegan a estar, a nivel nacional, entre un 20% y un 30% para OnNet y entre un 0% y 10% para Entel, con un HHI posterior de 2.728 y un delta de 301. Todo ello es indicativo que, independientemente del enfoque de análisis de los efectos de la Operación, desde el punto de vista estructural la Operación permitiría a la entidad resultante alcanzar una cuota de mercado relevante, llegando en algunos casos incluso al 100% si se analiza a nivel comunal. En todo caso, se superan los umbrales de HHI previstos por la Guía Horizontal, lo que vuelve necesario un análisis de efecto en base a la cercanía competitiva.
23. Que, en lo que respecta a la cercanía competitiva, un factor relevante es la ubicación y nivel de traslape entre las redes de las Partes y demás actores presentes en el mercado. Lo anterior en vista que las redes con mayor solapamiento geográfico podrían considerarse más cercanas y, por tanto, ejercer mayor presión competitiva entre sí. Las Partes afirman que el nivel de traslape de la red de Entel sobre la de OnNet alcanzaba a mayo de 2023 a un [REDACTED] mientras que el de OnNet respecto de Entel llegaba a un [REDACTED]. El análisis de la Investigación, además, permite afirmar que la mayor parte de los hogares pasados de Entel cuentan con la presencia simultánea de OnNet, caracterizándose la huella de OnNet por ser mayormente sustituta a la de Entel dentro de las regiones Metropolitana y de Valparaíso, en comunas de alto poder adquisitivo, que tienden a contratar planes con más servicios y mayores velocidades, con una alta facturación promedio, ofreciendo mayor rentabilidad a los Operadores Mayoristas.
24. Que si se compara el traslape de las Partes con el de otros Operadores Mayoristas la cercanía competitiva entre éstas se mantiene, pues Mundo –que cuenta con una red mayor a la de OnNet– se traslapa solamente en un [REDACTED] con ésta. A la inversa, el traslape de OnNet en la red de Mundo llega sólo a un [REDACTED]. Mientras las Partes se concentran relevantemente en sectores de altos ingresos, en el sector oriente de Santiago y en la Región de Valparaíso, Mundo enfoca su oferta en sectores de ingresos medios y en el sector poniente, sur y la periferia. ATP, por su parte, ofrece su red fuera de la Región Metropolitana, con traslapes que no superan el [REDACTED] en comparación con las Partes.
25. Que, en cuanto al rol de la competencia indirecta, esto es, la presión competitiva que podrían ejercer los operadores minoristas que ofrecen sus servicios a través de redes propias, ésta puede analizarse tanto en sus elementos estáticos como dinámicos.
26. Que en lo que se refiere al análisis estático, el Informe emplea razones de desvío, representativas de los patrones de sustitución de los consumidores ante distintas alternativas de decisión. Ello en base a datos de conexiones y desconexiones de servicios fijos que incluyen internet, para los años 2021 y 2022. Dicho análisis permite afirmar que Telefónica (que posee una participación de 40% en el capital de OnNet, siendo KKR el accionista mayoritario) es el operador que recibe mayor cantidad de desvíos desde todos los demás actores del mercado, en un rango de entre el [REDACTED] y el [REDACTED]. Mundo, por su parte, a pesar de tener una huella más amplia que OnNet, presenta razones de desvío significativamente menores, en un rango de entre [REDACTED] y [REDACTED]. Por otra parte, Entel recibe la mayor cantidad de desvíos desde Telefónica, con un [REDACTED] seguido de VTR con un [REDACTED]. Lo anterior es indicativo de que, a pesar de tener una huella significativamente menor que otros actores, en aquellos lugares

donde está presente Entel éste puede ejercer presión competitiva relevante. Finalmente, GTD recibe una escasa cantidad de clientes de todos los otros operadores mientras que WOM recibe un desvío principalmente desde Mundo y Claro.

27. Que consideradas las razones de desvío en las comunas donde existe traslape entre las Partes, éstas aumentan desde Entel hacia Telefónica y viceversa, bajando el desvío de clientes hacia Mundo. El desvío de Telefónica a Entel llega en este caso a un [REDACTED] y viceversa de [REDACTED]
28. Que el análisis de razones de desvío expuesto en los considerandos anteriores permite afirmar la existencia de presión competitiva de Mundo y ClaroVTR a Entel y OnNet. No obstante, el análisis de competencia indirecta expuesto en el Informe permite afirmar que ésta no sería suficiente para contrapesar los riesgos de la Operación. Ello primeramente porque las opciones de contratación de los actores aguas abajo dependen de la factibilidad técnica para proveer servicios a un inmueble específico. Consecuentemente, el menor traslape que estos competidores tendrían con la entidad resultante es representativo de una menor presión competitiva hacia ésta que la que se ejercen las Partes entre sí en el contrafactual.
29. Que, no obstante, al incorporar las redes HFC el nivel de traslape entre la entidad resultante y ClaroVTR es significativamente mayor al que ejercerían los otros competidores. Esta circunstancia se ve atenuada, sin embargo, porque la presión competitiva entre las redes HFC que emplea este competidor, y la FTTH no es simétrica, siendo la mayor presión ejercida desde las redes FTTH hacia las redes HFC. Ello queda en evidencia si se analizan los costos de cada una de estas redes, que vuelve a las HFC notoriamente menos eficientes y, por tanto, menos competitivas, y si se revisa la evolución del número de conexiones, que muestra a ClaroVTR como el actor con mayor pérdida sustancial de conexiones netas y, por tanto, como el que menos presión competitiva puede ejercer a los demás actores del mercado.
30. Que si se analiza el aspecto dinámico del mercado, se ve que las redes HFC revisten cada día menor importancia en el mercado, por sus limitantes técnicas y de costos. Como resultado, la mayoría de los operadores ya han migrado desde dicha tecnología hacia FTTH, siendo ClaroVTR el único actor que actualmente provee servicios con cable coaxial, con una intención comercial de migrar hacia una tecnología FTTH. Por ello, aun si se considerase a la tecnología HFC como capaz de ejercer presión competitiva indirecta en la actualidad, es previsible que dejaría de hacerlo en un futuro próximo.
31. Que por causa de todo lo señalado en los considerandos anteriores, es posible afirmar que la Operación implica la reducción en el número de competidores, en instancias en que las Partes son competidores cercanos y que no hay otros actores que puedan ejercer presión directa o indirecta suficiente capaz de restablecer las condiciones de mercado. Ello considerando además que tras la Operación el acceso a parte de las zonas con traslape se realizará únicamente a través de la entidad resultante, permitiendo así a esta ejercer su poder en el mercado, aumentando los precios o deteriorando la calidad. Asimismo, el acceso de empresas minoristas en estas zonas quedará condicionado a las negociaciones que éstas puedan tener con OnNet, quien se constituirá como un socio comercial ineludible, lo cual puede limitar el número de alternativas de servicios fijos que los consumidores finales pueden acceder en esas zonas.
32. Que la Investigación comparó las tarifas de acceso mayorista entre los clientes de OnNet, siendo evidente que, ante la [REDACTED] los precios

pueden variar, lo que facilitaría que OnNet pueda, tras la Operación, ejercer su poder de mercado, ofreciendo a precios mayores a los que hubiera podido ofrecer en ausencia de la Operación, durante los procesos negociadores con potenciales nuevos clientes o negociaciones futuras con sus clientes actuales.

33. Que respecto al *quantum* del deterioro de las variables competitivas de precio y/o calidad, resulta intuitivo e ilustrativo exponer el índice de presión al alza en precios o *gross upward pricing pressure index* (“GUPPI”), ya que mientras mayor sea el traslape entre dos operadores, mayores serán las razones de desvío entre estos y, por tanto, más altos serán sus incentivos a subir precio y/o afectar la calidad de sus servicios como resultado de una operación de concentración. En el Informe se exponen los supuestos para el cálculo del GUPPI que consideran las alternativas más favorables a las Partes. Incluso en aquellos supuestos, el incentivo a subir precios sobre la red de Entel supera el 19% y, respecto de la red de OnNet, supera el 5% y alcanza hasta un 12%, lo que es indicativo de incentivos a incrementar precios como consecuencia de la Operación.
34. Que dicho incentivo no se materializaría únicamente en precio, sino también en la calidad de los servicios. Mientras más poder de mercado tenga la entidad resultante, más dependerá el estándar del mercado en términos de evolución tecnológica del estándar implementado por este mismo actor. Como resultado, la Operación puede ralentizar la evolución y comprometer la calidad del servicio ofrecido en Chile, o traspasar el costo de implementación a los operadores del servicio, aumentando sus costos e incrementando, a su vez, el precio cobrado a los consumidores finales.
35. Que los riesgos antes descritos tienen un alcance nacional. No obstante, la Operación también puede generar efectos más focalizados en ciertas zonas geográficas, atendidos los aspectos locales que existen en este mercado en asuntos como, por ejemplo, el despliegue de nuevas redes. Ello es especialmente relevante en este caso, considerando que la Operación implica la consolidación de un solo actor en determinadas zonas del país.
36. Que en lo que se refiere a las condiciones de entrada, en base a la Investigación es posible afirmar que las probabilidades de entrada de un nuevo actor serían escasas, en atención a los altos costos fijos en que incurren los operadores de red para el despliegue de infraestructura capaz de generar economías de escala, con una alta escala mínima eficiente para un potencial entrante. Ello sumado al hecho que las condiciones comerciales acordadas por las Partes eliminarían la posibilidad de que otro actor utilice a Entel como cliente ancla.
37. Que, del mismo modo, es posible descartar que la posible expansión de los otros Operadores Mayoristas pudiera disciplinar a la entidad resultante en el futuro. Tanto ATP como Mundo no tendrían planes de crecimiento lo suficientemente relevantes como para ejercer mayor rivalidad a OnNet en la eventualidad de ocurrir la Operación. Pudo descartarse también en la Investigación que actores presentes en mercados aledaños pudieran reacomodarse hacia la provisión mayorista de FTTH.
38. Que lo anterior es particularmente relevante en aquellas zonas donde las Partes se traslapan y concentran una mayor participación. No obstante, lo señalado en la Ley N°20.808 de 28 de enero de 2015 –conocida como “Ley de Ductos”–, la escasez de este insumo en el sector oriente de Santiago y la imposibilidad de cablear en altura, llevan a que la posibilidad de expandirse en dichas zonas sea muy lejana, pudiendo concluirse que la entrada, expansión o reacomodo en el mercado mayorista no satisface los requisitos de oportunidad y suficiencia previstos en la Guía Horizontal.

39. Que, en lo que se refiere a las eficiencias, para que éstas sirvan de contrapeso a los riesgos deben ser verificables, inherentes y resultar aptas para compensar el mayor poder de mercado obtenido por la entidad concentrada, lo que implica que éstas deben ser suficientes, oportunas y traspasables a los consumidores. En operaciones de concentración de carácter horizontal, las eficiencias productivas se manifiestan principalmente en la forma de sinergias, economías de escala, economías de ámbito y economías de densidad. Por otro lado, en operaciones de carácter vertical, éstas pueden derivar de, por ejemplo, la eliminación de doble marginalización, la eliminación de un problema de *hold-up*, la provisión óptima de servicios, entre otros.
40. Que, durante la Investigación, y respecto a las eficiencias de carácter horizontal, las Partes argumentaron eficiencias derivadas de los Compromisos de *take-up* Mínimo y aumento de escalas que volverían a la entidad resultante en más eficiente. No obstante, el análisis expuesto en el Informe permite afirmar que las eficiencias generadas por economías de escala no resultan verificables para aquella parte de la red en que existe traslape entre Entel y OnNet. Asimismo, en aquellas zonas en que las redes son complementarias, esta eficiencia no puede ser considerada como inherente a la Operación, ya que la misma podría alcanzarse a través de alternativas menos riesgosas para la libre competencia.
41. Que, respecto al componente vertical, y las posibles eficiencias derivadas del Contrato de Servicios, las Partes expusieron que ésta vendría de una rebaja en los precios cobrados a Telefónica por la existencia de una cláusula de nación más favorecida en beneficio de ésta, por la entrada inmediata de Entel como nuevo oferente de servicios de internet sobre la red no traslapada con OnNet y por diferentes ahorros en costos.
42. Que, sin embargo, el análisis expuesto en el Informe muestra que las eficiencias horizontales alegadas por las Partes no serían verificables, al menos para aquellas zonas donde se genera traslape de redes entre las Partes, ya que se basan en el supuesto de que la Operación puede resultar en un mayor *take-up* para OnNet, lo que es incorrecto considerando la duplicidad de la red. Respecto a las eficiencias de carácter vertical, las Partes emplean en su argumentación contrafactual de precios y de condiciones de mercado que no representan razonablemente el escenario existente en ausencia de la Operación y, por tanto, las mismas tampoco resultan verificables. Finalmente, ninguna de las eficiencias esgrimidas es inherente a la Operación, pudiendo alcanzarse con contratos de prestación de servicios o de compartición de redes alternativos y que son, en principio, menos nocivos para la libre competencia.
43. Que, además, el Contrato de Servicios contempla cláusulas que pueden restringir la competencia y han sido objeto de análisis en la Investigación. Para ello debió determinarse si éstas corresponden a restricciones accesorias a la Operación, para luego evaluarse si resultaban proporcionales en términos de alcance material, temporal y geográfico. Por otro lado, aquellas cláusulas que no correspondan a restricciones accesorias fueron analizadas, como restricciones verticales evaluando su aptitud para reducir sustancialmente la competencia.
44. Que en cuanto a la Cláusula de Exclusividad, el Contrato de Servicios establece que durante los primeros 15 años de vigencia del contrato OnNet tendría exclusividad como proveedor de los servicios mayoristas de conectividad FTTH a Entel en zonas de servicio que comprenden prácticamente todas las regiones del país, la mayoría de las comunas y un porcentaje relevante de los hogares del país. Esta cláusula, en cuanto a su naturaleza, no corresponde a una restricción accesorio, pues no está directamente relacionada con la Operación en un sentido económico: no tiene por

objeto permitir la correcta materialización de la Compraventa de Activos, sino que un propósito distinto, consistente en asegurar a OnNet el compromiso de un cliente por un periodo de 15 años, dando lugar a una relación vertical duradera entre ellos.

45. Que analizada la Cláusula de Exclusividad, el Informe explica que ésta generaría efectos nocivos para la competencia, al restringir o limitar significativamente la expansión de operadores existentes o el ingreso de potenciales competidores en el mercado mayorista. La Investigación permite además observar que estos efectos anticompetitivos no se verían mitigados por razones de eficiencia, toda vez que existirían –en principio– otros medios menos lesivos para la competencia aptos para cumplir con la finalidad para la cual habría sido acordada.
46. Que para el Derecho a Primera Oferta y Derecho a Igualar, el Contrato de Servicios establece que en caso que Entel quiera realizar nuevos despliegues en las zonas de la red de las Partes, ésta deberá reconocer a OnNet el derecho a realizar él mismo el despliegue, y sólo podrá hacerlo con un tercero luego del rechazo de éste. Pero en esta alternativa tendrá derecho a igualar los términos y condiciones de las ofertas que Entel reciba de terceros, o a igualar los costos asociados al despliegue desarrollado por Entel. Situación similar ocurre en caso de que Entel requiera la prestación de servicios mayoristas FTTH por parte de terceros proveedores.
47. Que estas estipulaciones se encuentran íntimamente ligadas a la Cláusula de Exclusividad, por cuanto buscan ampliar la obligación de compra exclusiva de Entel respecto de OnNet, reforzando así la posición de Entel como cliente comprometido hacia un proveedor exclusivo.
48. Que estas cláusulas pueden reducir sustancialmente la competencia, al permitir a un actor con alto poder de mercado limitar la contestabilidad del mismo, restringiendo la entrada de competidores potenciales o la expansión de operadores existentes, reduciendo así la presión competitiva del mercado en que se implementan. En atención a ello, es posible afirmar que –en línea con lo señalado respecto a la Cláusula de Exclusividad–, dichas cláusulas generarían riesgos de exclusión a competidores actuales y potenciales de OnNet, y riesgos de restricción a la expansión o entrada en el mercado mayorista. Ello teniendo en cuenta el alcance de la obligación y las consecuencias particulares de su aplicación, la posición de OnNet en el mercado, y el efecto acumulativo que se produce con otras restricciones verticales paralelas acordadas por dicho actor. Todo lo cual no se vería contrapesado por razones de eficiencias verificables.
49. Que la Cláusula de No Competencia estipulada en el Contrato de Servicios, establece que en caso que Entel adquiera una red de fibra óptica emplazada en las zonas donde se encuentran las redes de las Partes, Entel se obliga a que con la nueva red adquirida no preste servicios mayoristas a clientes finales –lo que el Informe denomina cláusula de no competencia a nivel mayorista– a no prestar servicios minoristas y a no migrar clientes finales actuales conectados a la red de la entidad resultante, a la nueva red –cláusula de no competencia a nivel minorista–.
50. Que la Cláusula de No Competencia a nivel mayorista constituye una restricción accesoria que no resulta proporcional, al exceder lo razonablemente necesario para lograr el objetivo de la Operación, desde una perspectiva geográfica y temporal. Desde el punto de vista geográfico porque al comprender las redes de ambas Partes la restricción se extiende más allá de las zonas cubiertas por los activos adquiridos, y desde una perspectiva temporal porque los 15 años comprendidos superan con creces los términos definidos en casos anteriores tanto por el H. TDLC y por la Fiscalía como aceptables.

51. Que la Cláusula de No Competencia a nivel minorista no corresponde a una restricción accesoria sino a una extensión de la Cláusula de Exclusividad, restringiendo al igual ésta la entrada o reacomodo de un competidor potencial, que en este caso sería Entel, en el supuesto que dicho actor adquiriera una red de fibra óptica. Ello con un alcance amplio de 15 años. La Cláusula de No Competencia a nivel minorista cuenta con la aptitud para generar efectos exclusorios que restringirían a futuro la entrada de Entel en el mercado mayorista, sin que consten en la Investigación antecedentes que permitan concluir que la cláusula en comento se justificaría en razones de eficiencia capaces de mitigar los riesgos detectados.
52. Que en cuanto a los Compromisos de *take-up* Mínimos, el Contrato de Servicios establece deberes de compra mínimos de hasta un [REDACTED] en determinados plazos, tanto para la huella de OnNet, incluyendo despliegues futuros, y para la huella de Entel. Teóricamente dichas cláusulas son de naturaleza exclusoria, al levantar barreras que pueden prevenir o dificultar la entrada de competidores potenciales o la expansión de competidores actuales, de forma similar a la que ocurre con la Cláusula de Exclusividad. En este sentido, los Compromisos de *take-up* Mínimos podrían producir efectos nocivos para la competencia, mediante la creación de barreras artificiales a la entrada o expansión. Dichas barreras no sólo podrían prevenir o dificultar que competidores actuales o potenciales de Onnet puedan operar en el negocio mayorista con una escala suficiente para ejercer presión competitiva a dicho actor, sino que también podrían impedir que dichos agentes puedan disputar una cuota considerable del mercado mayorista, generando en los hechos un cierre de una parte relevante de dicho mercado.
53. Que dichos riesgos podrían ser contrarrestados debido a la finalidad de dichos compromisos de dar certidumbre al proveedor respecto de la posibilidad de recuperar inversiones específicas realizadas y de contrarrestar el problema de doble marginalización, aunque en la Investigación sólo pudo constatarse como plausible la mitigación del segundo problema de los señalados.
54. Que, respecto de la Cláusula de Nación Más Favorecida, el Contrato de Servicios establece que OnNet deberá ofrecer y prestar los servicios mayoristas de acceso a fibra óptica a Entel en términos y condiciones no discriminatorias respecto de cualquier cliente actual o futuro a OnNet, de manera que los términos y condiciones en que se preste los servicios a Entel sean al menos iguales, pero en ningún caso menos favorables, que sus otros clientes. Este tipo de estipulaciones son conocidas como cláusulas de nación más favorecida, cliente favorecido o cliente presencial, y consisten en un acuerdo vertical en que el proveedor se compromete con un cliente a no entregarle condiciones menos favorables que a sus otros clientes.
55. Que no puede considerarse que la Cláusula de Nación Más Favorecida se encuentre directamente vinculada a la Operación y sea necesaria para su implementación, toda vez que existen antecedentes que dan cuenta que [REDACTED]
[REDACTED] Se trata de un resguardo para Entel, en el sentido de asegurarse que accederá a las mejores condiciones comerciales en relación con otros clientes actuales o potenciales de OnNet.
56. Que la Cláusula de Nación Más favorecida podría reducir los incentivos de OnNet a competir por el precio en el mercado mayorista, pues una vez que ofrezca precios más bajos a uno de sus clientes, deberá replicar tales precios a sus clientes previos (i.e. Telefónica y Entel), lo que al final del día podría repercutir en mayores precios.

57. Que, aunque este efecto suavizador de la competencia en el mercado mayorista puede afectar a los terceros competidores de manera indirecta, *a priori* no restringe directamente los precios que otros Operadores Mayoristas pueden fijar por el acceso a sus redes. En la actualidad dichos operadores pueden fijar libremente sus precios, de la misma manera en que pueden hacerlo los proveedores minoristas aguas abajo. No obstante, este análisis podría cambiar si es que este tipo de cláusulas se generaliza en la industria, entre Operadores Mayoristas y minoristas, generando un equilibrio de mayores precios, en cuyo caso ello podría ameritar una nueva investigación por parte de esta Fiscalía.
58. Que, informados los riesgos señalados en los considerandos anteriores a las Partes, estos ofrecieron las Medidas de Mitigación, contemplando la desinversión de la red FTTH de Entel en las comunas de Calama, Providencia, Santiago, Las Condes, Vitacura, Lo Barnechea, La Reina y Concón ("**Desinversión**"). Dicha desinversión incluye un contrato para la prestación de servicios mayoristas de acceso a fibra óptica a Entel por parte del comprador de los activos objeto de la Desinversión ("**Contrato de Servicios Desinvertidos**"). Los términos y condiciones esenciales de dicho contrato se encuentran descritos en el anexo de las Medidas, los que servirán de base para la negociación entre Entel y comprador. Además, en dicha propuesta las Partes se comprometieron a modificar el Contrato de Servicios, reduciendo el plazo de vigencia de la Cláusula de Exclusividad de quince a cinco años y de la Cláusula de No Competencia a nivel mayorista de quince a dos años, eliminando las cláusulas de Derecho a Primera Oferta y Derecho a Igualar, y la Cláusula de No Competencia a nivel minorista. Las Medidas de Mitigación incluyen, además del Contrato de Servicios Desinvertidos, la celebración de los contratos accesorios necesarios para la operación de la red desinvertida (i.e. contrato de operación y mantenimiento, comodato de ductos, contrato de *housing*, contrato de apoyo en postes, contrato de servicios de transición), la designación de supervisores de cumplimiento y desinversión, prohibición de readquirir y de acordar cláusulas análogas a las restringidas o suprimidas.
59. Que el proceso de elaboración de las Medidas se produjo después de distintas presentaciones y retroalimentaciones entre las Partes y la Fiscalía, realizada en un ánimo colaborativo tendiente a conseguir el mejor remedio posible, en los términos previstos por la Guía de Remedios de la FNE.
60. Que las medidas de mitigación deben exhibir las siguientes consideraciones básicas: (i) ser efectivas e idóneas para impedir que la operación genere una reducción sustancial de la competencia, durante todo el periodo esperado de duración de los riesgos; (ii) factibles de implementar, ejecutar y monitorear; y (iii) proporcionales al problema de competencia.
61. Que la Desinversión es una medida estructural, las que en general resultan idóneas para mitigar riesgos horizontales. Ello pues aquello permite la incorporación de un nuevo actor o el reacomodo de uno existente, restaurando la rivalidad perdida como consecuencia de la Operación. Del mismo modo, la eliminación o modificación de las cláusulas del Contrato de Servicios resulta idónea para mitigar los efectos anticompetitivos de éstas, al eliminar o adecuar los términos que originan los riesgos detectados.
62. Que la Fiscalía considera que modificación del Contrato de Servicios, en complemento a la Desinversión resulta en un remedio efectivo para mitigar los riesgos exclorios identificados, al reducir significativamente el alcance de los efectos que produciría la Cláusula de Exclusividad, al adecuar la Cláusula de No Competencia los

parámetros considerados como lícitos por la Fiscalía, y al eliminar las demás estipulaciones objetadas en el Informe. Junto con ello, los remedios serían aptos para impedir que las Partes vuelvan a suscribir estas cláusulas o acuerdos con efectos similares a futuro, respecto de los activos objeto de la Operación.

63. Que, respecto de la duración de la Cláusula de Exclusividad, esta Fiscalía considera que en el caso concreto de la Operación la modificación propuesta es suficiente para atenuar los efectos exclusorios en el mercado mayorista, producto del efecto conjunto que se produce con la Desinversión. Ello pues esta última permitirá el ingreso o expansión de un actor mayorista en el sector oriente de Santiago, en Concón y En Calama, que tendrá a Entel como cliente, lo que reduce las barreras artificiales a la entrada que provocaría la Cláusula de Exclusividad. En este sentido, la Desinversión previene que la entidad resultante se transforme en un actor comercial ineludible en las zonas mencionadas.
64. Que las Medidas resultan factibles de implementar, ejecutar y monitorear, atendido que éstas se ajustan a los parámetros previstos en la Guía de Remedios, lo que fue confirmado por la Investigación a través del correspondiente *market test*.
65. Que, finalmente, las Medidas resultan proporcionales al problema de competencia detectado, pues responden de manera adecuada y razonable a los riesgos que se pretenden enervar, tanto los de carácter horizontal, por la Desinversión, como los de carácter exclusorio, por la modificación del Contrato de Servicios.
66. Que el análisis realizado por esta Fiscalía en base a los antecedentes de la Investigación y de acuerdo con lo establecido en los artículos 53 y 57 del DL 211, y lo dispuesto en la Guía de Remedios, permite concluir que las Medidas de Mitigación propuestas son efectivas para mitigar los riesgos que el perfeccionamiento de la Operación notificada podría producir para la competencia. Por ello, es posible afirmar que el perfeccionamiento de la Operación, condicionado al cumplimiento de las Medidas de Mitigación, no cuenta con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

RESUELVO:

- 1.- **APRÚEBESE** la operación de concentración consistente en la adquisición de control sobre activos de Entel por parte de OnNet, correspondientes a la infraestructura de fibra óptica para prestar servicios de conectividad, y la suscripción de un contrato denominado "Contrato Marco para Servicios de Conectividad sobre Redes de Fibra Óptica Existentes y Futuras", notificada con fecha 19 de enero de 2023, ingreso correlativo N°33.846-2023, sujeta a la condición que se dé cumplimiento a las medidas de mitigación ofrecidas con fecha 13 de diciembre de 2023, ingreso correlativo N°47.974-2023.
- 2.- **NOTIFÍQUESE** en la forma prevista por el artículo 61 del DL 211.
- 3.- **PUBLÍQUESE**.

ROL FNE F340-2023

VLT


REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
* FISCALIA NACIONAL ECONOMICA *
FELIPE CERDA BECKER
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)