

INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL N° 2 DICTADA POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

GENERAL INSTRUCTION N° 2 ISSUED BY THE ANTITRUST COURT

EDUARDO POEHLS BUSTOS*

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) dictó, en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 18 N°3 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”) una Instrucción de Carácter General (“ICG”) destinada a introducir nuevas regulaciones en el mercado de las telecomunicaciones, en especial a prohibir la discriminación de precios *Off-Net / On-Net* y a regular la comercialización conjunta de servicios de telecomunicaciones.

La facultad contemplada en el artículo 18 N° 3 del DL 211, solo ha sido ejercida en tres¹ oportunidades desde la en-

trada en funcionamiento del TDLC, siendo aplicada con suma cautela, ya que implica establecer nueva normativa que puede considerarse como una misión propia del legislador o bien del órgano regulador sectorial, en este caso la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”).

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS

La discriminación de precios según red de destino y sus potenciales efectos anticompetitivos, ha sido constatada y alertada por el TDLC en pronunciamientos previos², en los que en forma reiterada manifestó sus aprensiones acerca de los efectos que en la competencia produce, puesto que

* Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diploma en Libre Competencia, Derecho, Economía y Regulación PUC, Abogado, miembro del Grupo Corporativo/Libre Competencia Estudio Carey y Cía., correo electrónico epoehls@carey.cl.

¹ La Instrucción de Carácter General N°1 (“ICG N°1”) fue dictada con fecha 8 de junio de 2006 producto de una solicitud de la Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de introducir nuevas regulaciones en el mercado de tratamiento intermedio y final de residuos sólidos domiciliarios. La ICG N°1 introdujo nuevas regulaciones tanto para las empresas que prestan los servicios de tratamiento intermedio y final de residuos sólidos, como para los municipios.

Con fecha 28 de agosto de 2012, la Fiscalía Nacional Económica interpone un asunto de carácter no contencioso solicitando la modificación de ICG N°1. Con fecha 21 de marzo de 2013, el TDLC procedió a dictar la Instrucción de Carácter General N° 3, que

modifica la ICG N°1, en razón a que la reforma legal que hizo aplicable la normativa de compras públicas a las licitaciones de los servicios antes mencionado, hizo innecesaria las decisiones contenidas en los numerales 1 a 9, por lo que el TDLC decidió mantener vigentes solo los numerales 10 y 11, dirigidas solo a los prestadores de servicios.

² Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de BellSouth Comunicaciones S.A.; Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada; Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija; Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.

constituye una importante barrera a la entrada para nuevos competidores.

A modo de ejemplo nos referimos a dos pronunciamientos previos del TDLC, que precisamente constatan la gravedad del problema y sus impactos en la competencia:

(i) Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. (Resolución N° 2/2005).

“5.3. Diferencia entre costos y cargos de acceso. Adicionalmente, esta situación ventajosa sería aún mayor si se considera la diferencia entre los cargos de acceso y el costo, para cada operador, de terminar en su propia red una llamada originada en la misma. (...) En efecto, al fijarse las tarifas por cargos de acceso de acuerdo con los costos de una empresa eficiente, idénticos para todos los concesionarios, la diferencial entre el cargo de acceso y el costo medio es mayor para las empresas que cuenten con más disponibilidad de espectro. Esta diferencial es aún mayor si se compara el cargo de acceso con el costo marginal. Por otra parte, las empresas con mayor base de abonados tienen incentivos para traspasar a los potenciales clientes importantes economías de red, con el objeto de atraerlos, ya que la probabilidad de que un usuario tenga sus contactos en la misma red crece con el número de suscriptores. Estas dos condiciones, la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, más la mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño –incluida la resultante de la operación consultada– a discriminar entre el

precio de las llamadas on net y las llamadas off net. Así, esta discriminación de precios, aun cuando puede ser justificable en términos de costos, llevaría a la empresa a incrementar su posición dominante, perjudicando a las más pequeñas y reduciendo la competencia en el mercado de la telefonía móvil”³.

(ii) Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija (Informe N°2/2009).

“IV. Respecto de la diferenciación entre llamadas on-net y off-net. 161. Otra recomendación necesaria para prevenir una disminución del grado de competencia en este mercado, es la de eliminar la diferenciación tarifaria de las llamadas entre teléfonos de una misma empresa (on-net) y hacia teléfonos de otras empresas (off-net); diferenciación que este Tribunal podría llegar a considerar ilícita. Esto, porque los consumidores que deben decidir con qué empresa desean contratar, tienen fuertes incentivos a elegir aquella empresa con mayor participación de mercado, haciendo que esta última siga aumentando. 162. Si bien ha habido en estos días una fuerte reducción en los cargos de acceso de la telefonía móvil que debiera reducir la brecha entre los precios cobrados a las llamadas off-net en comparación con las llamadas on-net, no es seguro que esto suceda. En efecto, en principio, y según lo declarado por la propia Subtel en el Oficio Ord N° 30.075, acompañado

³ Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

en la causa Rol C N° 126-07 de este Tribunal, no existen elementos reales de costo que expliquen estas diferencias de precios, mientras que esquemas de comercialización que no establezcan precios distintos según el destino de la llamada tenderán a incrementar la competencia entre redes”⁴.

La discriminación de precios surge entonces en la diferencia existente entre las tarifas (por segundo o minuto) de los servicios de telefonía móvil ofrecidos por una empresa a sus clientes por las llamadas *On-Net* y la tarifa (por segundo o minuto) cobrada a los clientes por las llamadas que terminan en una red distinta.

3. INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL N° 2

El procedimiento de carácter no contencioso⁵ se inició con fecha 21 diciembre de 2010, mediante una resolución dictada de oficio por parte del propio TDLC que determinó previo a un análisis acerca de los potenciales efectos anticompetitivos, dar inicio al procedimiento de carácter no contencioso disponiendo que *“al tenor de lo señalado en el numeral 3° del artículo 18 del D.L. N° 211, para analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general en materia de diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía, según la red de destino de las llamadas (tarifas on-net / off-net) y, en caso de hacerlo, para determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, con*

miras a promover la libre competencia y prevenir conductas contrarias a ella, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o reglamentarias, con ocasión del proceso que aquí se inicia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 N° 4° del D.L. N° 211”⁷.

Lo anterior, no puede considerarse como un prejuizgamiento en la materia, dado que el propio tenor literal de la resolución da cuenta de que se realizaría un análisis sobre la conveniencia del ejercicio de la facultad consagrada en el DL 211, lo que no implicaba necesariamente que se dictaría finalmente una ICG. Sumado a esto, el procedimiento de carácter no contencioso contempla la posibilidad de que cualquiera que ostente un interés legítimo en la materia aporte los antecedentes que estime pertinentes al caso, lo que aconteció en la práctica, habiendo aportado antecedentes los principales operadores de telefonía móvil, nuevos entrantes al mercado y los organismos gubernamentales con competencia en materia de telecomunicaciones, a saber la Subtel y la propia Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

Con posterioridad a esto, con fecha 8 de marzo de 2011, la FNE presentó una solicitud de dictación de ICG, pero en materia de venta conjunta de servicios de telecomunicaciones (o *bundling*). Frente a esta solicitud, el TDLC decidió acumular ambos procesos, puesto que los dos se referían al mercado de las telecomunicaciones.

⁴ Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija (2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁵ Tramitado de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 31 del Decreto Ley N° 211.

⁶ Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y

⁷ Resolución de inicio del procedimiento no contencioso de fecha 21 de diciembre de 2010.

Esto permitió a todos los que ostentaban un interés legítimo aportar nuevamente antecedentes al proceso. Esto constituye una característica especial de este procedimiento, al permitir a terceros interesados en estas materias, manifestar su opinión al respecto, acompañando informes económicos, en derecho, etc., lo cual en discusiones como la del presente caso, resulta sumamente valioso, puesto que permiten al TDLC adoptar una decisión tomando en cuenta la postura de prácticamente todos los actores del mercado, tanto públicos como privados. Sin embargo, este procedimiento no ha resultado conveniente en procesos de fusiones, puesto que genera un desincentivo para las partes, precisamente por la posible intervención de terceros y la excesiva duración.

En la audiencia pública realizada con fecha 7 de septiembre de 2011, intervinieron la FNE, Entel, Voissnet S.A., Nextel Chile S.A., Celupago S.A., Claro Chile S.A., Netline Telefónica Móvil S.A., VTR Móvil S.A. y VTR Banda Ancha S.A., Tu Ves S.A. y OPS Ingeniería Ltda.

Con fecha 18 de diciembre de 2012, el TDLC dictó la ICG en la que realizó un extenso análisis acerca de la realidad competitiva del mercado de las telecomunicaciones en Chile, lo anterior permitió constatar la existencia de distorsiones anticompetitivas en especial en materia de diferenciación de tarifas según red de destino. La ICG entrará en vigencia 60 días contados desde la publicación de un extracto de la ICG en el *Diario Oficial*, evento que aconteció el día 7 de enero de 2013.

Finalmente, la parte resolutive de la ICG se encuentra dividida en dos partes, la primera parte correspondiente a la letra A, introduce nuevas regulaciones en materia de diferenciación de precios según red de destino.

El TDLC determinó que a partir de la fecha en que se publiquen los nuevos decretos tarifarios (año 2014), no se podrán comercializar planes con precios distintos por las llamadas *On-Net* y *Off-Net*, es decir, solo se podrán comercializar planes “todo destino”.

Lo anteriormente dispuesto por el TDLC solo resulta aplicable para los planes comercializados a partir de la fecha de publicación en el *Diario Oficial*, no teniendo carácter retroactivo.

En el periodo intermedio entre la publicación del extracto en el *Diario Oficial* y la publicación de los nuevos decretos tarifarios, el TDLC dispuso de medidas transitorias destinadas a reducir la diferencia entre los precios de las llamadas *On-Net / Off-Net*, a saber que: (i) la diferencia en el precio no sea superior al cargo de acceso aplicable; y, (ii) en los planes que incluyen minutos diferenciados según destino de las llamadas, la proporción entre los minutos *On-net* y *Off-net* incluidos no podrá superar la proporción de los respectivos precios por minuto.

En el análisis efectuado por el TDLC para la dictación de la letra A de la ICG, el TDLC constató una serie de situaciones o efectos que se originarían como resultado de la significativa diferenciación de precios según red de destino. Dentro de las más relevantes consideramos las siguientes:

(i) Distorsión en el comportamiento de los usuarios; El TDLC constató que la diferenciación de tarifas según red de destino afecta el comportamiento de los usuarios en lo que se refiere al destino de las llamadas y a la duración de las mismas.

(ii) Proliferación de teléfonos celulares; el propio TDLC por información aportada al proceso dedujo que cerca del 50% de la población relevante, es decir, mayor

de 10 años, tendría dos equipos celulares, para así poder llamar a distintas compañías y evitar incurrir en el pago de altas tarifas, lo anterior, a juicio del TDLC, según se desprende del Considerando Decimosexto “*demuestra los efectos negativos –en términos de eficiencia económica– que produce la estrategia de precios analizada. Esto puesto que los usuarios deben hacer esfuerzos o inversiones adicionales en varios equipos para hacer frente a la distorsión de precios introducida por la diferenciación de tarifas*”⁸.

iii. Diferenciación no estaría basada en costos;

El TDLC constató la existencia de dos distorsiones, la primera consistente en la asimetría de la información entre el órgano regulador y las empresas; y la segunda, la determinación de la tarifa del cargo de acceso se realiza a costo medio y no marginal, con lo que el resultado final implica altos cargos de acceso.

Respecto de la asimetría de la información, Subtel no contaría con la información necesaria para conocer cuáles debieran ser los costos de una empresa eficiente, por otro lado, las empresas reguladas no tendrían los incentivos para entregarla, puesto que preferirían obtener tarifas más altas.

En cuanto al procedimiento de tarificación de los cargos de acceso, este se encuentra regulado en los artículos 30 a 30 J de la Ley General de Telecomunicaciones. Bajo el criterio actual, la tarificación de los cargos de acceso se realiza a costo medio y no a marginal. Este criterio es el que se conoce en la literatura regulatoria internacional como “LRIC+” (la sigla en inglés significa “*Long Run Incremental Cost*” y el *plus* es por la corrección por autofinanciamiento).

Cabe señalar que la tendencia generalizada en los países desarrollados en materias de cargos de acceso (en aquellos que no tienen un sistema del tipo *Bill and Keep*) es ir a un esquema LRIC puro, es decir, sin corrección por autofinanciamiento. El no aplicar la corrección por autofinanciamiento genera una diferencia dramática en la magnitud de los cargos de acceso, resultando estos solo una fracción de aquellos que surgen de aplicar el modelo LRIC+.

Lo relevante en este punto, es que no obstante la deficiente regulación en esta materia y la asimetría de la información entre la Subtel y las empresas, ello no justifica la abultada diferenciación entre una llamada *On-Net* versus una llamada *Off-Net*, en circunstancias, que el TDLC constató que el cargo de acceso promedio ascendía a \$52,25 por minuto, pero que no obstante esto, el valor de la llamada *Off-Net* podía triplicar o cuadruplicar el cargo de acceso.

Lo anterior, según se desprende del Considerando Vigésimo Quinto, llevó al TDLC a descartar la relación de causalidad entre los altos cargos de acceso y la diferenciación *On-Net / Off-Net*, debido a que en el pasado proceso de tarificación, los cargos de acceso experimentaron una importante disminución, pero “*Por el contrario, la diferencia promedio entre precios on-net y off-net se ha mantenido o incrementado, a pesar de esa significativa caída en el cargo de acceso. Entonces, a partir del monto de las diferencias entre tarifas on-net y off-net y el cargo de acceso, y de la reacción de las empresas de telecomunicaciones ante la baja de este último, es posible (i) descartar una relación de causalidad entre el nivel de los cargos de acceso y el spread de tarifas on-net y off-net y, (ii) descartar también que la diferenciación esté basada en costos*”⁹.

⁸ INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL (2012).

⁹ INSTRUCCIÓN DE CARÁCTER GENERAL (2012).

En cuanto a la segunda parte de la ICG, correspondiente a la letra B, el TDLC analizó la evolución de los distintos segmentos del mercado de las telecomunicaciones, a saber: segmento de televisión de pago; segmento de telefonía fija; segmento de internet fija; segmento de telefonía móvil y segmento de internet móvil.

En el análisis del TDLC, se constató una alta concentración de mercado en cada uno de los segmentos, la existencia de un bajo número de competidores relevantes, quienes además están presentes en varios o todos los mercados antes mencionados.

El TDLC determinó que la venta conjunta de servicios de telecomunicaciones deberá cumplir con ciertas condiciones mínimas que permitirán prevenir los riesgos anticompetitivos detectados, a saber: (i) garantizar a los clientes la posibilidad de adquirir los servicios que conforman los paquetes en forma individual, sin estar obligados a contratar otros servicios adicionales; (ii) limitar los descuentos por la venta conjunta de servicios, de forma tal que no tengan el mismo efecto que si solo se vendieran en conjunto; y (iii) hasta el pleno desarrollo de la tecnología 4G, de internet móvil, se prohibirán los descuentos o beneficios por paquetes de servicios de telefonía fija y móvil, así como de internet fija y móvil.

El TDLC solo estableció medidas de carácter transitorio, puesto que tendrán vigencia hasta que se haya iniciado la prestación del servicio de transmisión de datos 4G (bandas de frecuencias 2.505 - 2.565 MHz y 2.625 - 2.685 MHz.). Por lo que estimamos que el impacto de estas disposiciones serían menores.

Con posterioridad a su dictación, la ICG fue objeto de dos recursos de aclaración rectificación o enmienda por parte de

Entel¹⁰, los cuales fueron rechazados por el TDLC por estimar que no existían puntos oscuros o dudosos que aclarar. Sin embargo el TDLC sí consideró apropiado acoger la solicitud de aclaración interpuesta por Movistar con fecha 20 de mayo de 2013, la que buscaba limitar la aplicación de las medidas transitorias contempladas en las letras A-1 y A-2 a los denominados “*plan grupal*” el que para estos efectos se entenderá como aquel plan de telefonía móvil contratado por una única persona natural o jurídica que incluya dos o más números o usuarios.

La aclaración antes mencionada resultaría razonable, puesto que permitiría ofrecer minutos ilimitados *on-net* o en condiciones de precio más ventajosas, a usuarios que formen parte del mismo “plan grupal”, para las llamadas dentro de una misma red. Como por ejemplo las llamadas realizadas por miembros de una familia o bien por personas que trabajan en una misma empresa. En caso contrario, la existencia de este tipo de planes, con las características antes señaladas podría estimarse que no daría cumplimiento a las normas transitorias de la ICG, pudiendo por lo tanto ser objeto de reproches ante el propio TDLC, alegando el incumplimiento de la ICG.

4. ROL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGULADOR Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

La potestad del TDLC de introducir nuevas regulaciones a los distintos mercados es una facultad que ha sido objeto de un interesante debate, puesto que es dable

¹⁰ La primera solicitud de aclaración de Entel es de fecha 24 de diciembre de 2012 y la segunda solicitud de aclaración es de fecha 21 de junio de 2013.

argumentar que la introducción de normativa de las características que ha realizado el TDLC sería una atribución reservada para el Congreso Nacional o bien que regulaciones como la que es objeto del presente análisis limitarían la libertad de empresa. Sin embargo, el bien jurídico conocido como libre competencia, es precisamente una de las herramientas contempladas por nuestro ordenamiento jurídico para permitir y asegurar la libre iniciativa en materia económica, garantía constitucional reconocida expresamente en nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 21.

A mayor abundamiento, la Comisión Resolutiva Central, antecesora del TDLC, en el considerando sexto, de la Resolución N° 368, del año 1992, asocia el DL211 al concepto denominado Orden Público Económico, al señalar lo siguiente:

“Que una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional (19 N°21) y que forman parte del llamado Orden Público Económico, es, precisamente, el Decreto Ley 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado”.

Por lo anterior, el TDLC, ejerciendo sus facultades contempladas en el artículo 18 N°3 del DL 211, habría adoptado una serie de medidas destinadas precisamente a cautelar el bien jurídico cuya protección le fue encomendada. Es en este sentido que la argumentación de que la libertad de empresa se vería afectada producto del ejercicio de esta facultad legal, carecería, en principio de sustento. Sin embargo reconocemos que el

tema es susceptible de debate dando lugar a interpretaciones en contrario.

5. CONCLUSIONES

Los dos últimos años han estado marcados por profundos cambios en el mercado de las telecomunicaciones, como por ejemplo la dictación de la ley sobre recuperación y continuidad en condiciones críticas y de emergencia del sistema público de telecomunicaciones, la eliminación de la larga distancia nacional, la nueva ley de antenas, el establecimiento de la portabilidad numérica y más recientemente la dictación de la ICG.

Estas dos últimas medidas generan un impacto directo en la competencia, fomentando y permitiendo el ingreso de nuevos competidores, ya sea con infraestructura propia, o bien bajo la modalidad de operador móvil virtual. Sin embargo, quedan materias pendientes por solucionar, como la modificación de la ley de telecomunicaciones, en cuanto a la metodología que se utiliza por la autoridad para la fijación de los cargos de acceso, pasando, esperamos, de una metodología LRIC+ a LRIC puro.

En cuanto a la ICG, se estima que el impacto de estas medidas, en especial la contemplada en la letra A de la ICG fomentarán la competencia en el mercado de la telefonía móvil. La diferenciación según red de destino se erigía como una de las últimas barreras a la entrada para nuevos competidores, por lo que con su completa aplicación el año 2014, se espera que contribuya a convertir al mercado de la telefonía móvil en un mercado más desafiante, generando una mayor presión competitiva en pos de un mejor servicio y mejores tarifas.

