

024

ANT.: Denuncia de particular contra Telefónica CTC (Movistar) por abuso de posición dominante. Rol FNE N° 1963-11.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 01 AGO 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Sugiero a usted el archivo de los antecedentes, en base al análisis que se expone a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de agosto de 2011, se recibe denuncia electrónica, por parte de particular ("**denunciante**") -empresa asesora en Tecnologías de la Información y la Comunicación, proveedora del servicio de Internet en Chile desde 1996¹- en que se reclama "*acciones abusivas de posición dominante a Telefónica CTC*" ("**Telefónica**").
2. En la denuncia se da cuenta de variadas imputaciones en contra de Telefónica, supuestamente acontecidas en el contexto de la relación contractual mantenida con ésta, como proveedora mayorista de acceso Internet, desde el año 2001. A nuestros efectos, resulta pertinente citar las siguientes:
 - i. No envío de información de usuarios conectados, llamado por el denunciante como "*sistemas de altas y bajas*";
 - ii. Prohibición de vender sus servicios, de modo independiente a Telefónica;

¹ Hoy en día, presta servicios satelitales, de conectividad en lugares alejados, servicios a empresas y personas.

- iii. Imposibilidad de incorporar usuarios al sistema y eliminación de oferta de servicios de pagina Web y número 107²; y
 - iv. Migración de usuarios de los servicios prestados por la denunciante a Telefónica, realizada por ésta última.
3. Asimismo, en presentación complementaria, suma dos reproches adicionales, a saber:
 - v. Otorgamiento de condiciones discriminatorias, considerando como referencia las condiciones ofrecidas a la operadora Terra (a la época relacionada de Telefónica); y
 - vi. Frecuentes atrasos en el pago de servicios.
4. Las imputaciones descritas habrían ocurrido en el marco de un modelo de negocio consistente en la comercialización del servicio de Banda Ancha ADSL denominado “Speedy”, en que Telefónica suministraba el acceso o conectividad a la línea ADSL y la denunciante proveía el servicio de acceso a Internet al cliente final en su calidad de proveedor o ISP³. La relación de las involucradas en la ejecución del negocio, se encontraba reglamentada a través de un contrato privado denominado “*Contrato de comercialización: Plan Renta Plana Internet*”, celebrado con fecha 15 de enero de 2001.
5. La naturaleza de las imputaciones, como su oportunidad y contexto, es descrito por el denunciante en los siguientes términos: *“A medida que se fue ejecutando el acuerdo comercial, se fueron suscitando diversos inconvenientes, especialmente cuando alcanzamos una facturación de MM\$18 mensual, en que curiosamente, a pesar de estar en un mercado creciente, las liquidaciones empezaron a menguar, llegando a sumas incongruentes con el nivel de desarrollo que tenía el mercado (apenas unos MM\$2 a MM\$3)”*⁴.

² El número 107 era la plataforma de atención a público y ventas de CTC.

³ Por sigla en inglés de *Internet Service Provider*.

⁴ Página 2 de minuta complementaria a denuncia.

6. Asimismo, como corolario de las desavenencias del acuerdo, se acusan graves pérdidas económicas. Al efecto, se señala: *“de sólo haber mantenido constante las ventas alcanzadas en abril de 2009 (sin considerar la tendencia creciente), la migración nos ha producido una pérdida superior a los 173 millones de pesos”*⁵.
7. A fin de probar los términos de su denuncia, el denunciante proporciona a esta Fiscalía los siguientes documentos:
 - a) Copia de contrato suscrito con Telefónica, denominado *“Contrato de comercialización: Plan Renta Plana Internet”*, de 15 de enero de 2001 (principales cláusulas se consignan en Anexo Confidencial N°1);
 - b) Copia de carta N° 102/GM, de 28 de junio de 2007, *“Contrato de Distribución ISP’s, para Comercialización de Servicio “Speedy Banda Ancha” de Telefónica Chile y nueva Oferta Comercial”*;
 - c) Copia de contrato suscrito con Telefónica, denominado *“Contrato de distribución”*, de fecha 24 de julio de 2007 (referencia en Anexo Confidencial N°2);
 - d) Set de copias de correos electrónicos dirigidos, en su mayoría, a encargados mayoristas y técnicos de Telefónica;
 - e) Set de copias de correos electrónicos dirigidos a funcionarios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”);
 - f) Set de copias de correos electrónicos internos del denunciante, vinculados a diversos problemas, entre ellos, errores de proveedor en la activación/instalación del servicio (de 2006 y 2007)⁶.
8. Finalmente, con fecha 24 de febrero de 2012, Telefónica aporta antecedentes al proceso, de los que se da cuenta en Anexo Confidencial N°3.

⁵ Extracto de Denuncia electrónica.

⁶ Asimismo, en el plazo de admisibilidad concedido por el artículo 41 del DL 211, se llamó a declarar a la denunciada, como también se solicitó precisar ciertos aspectos aseverados a la denunciante.

II. MERCADO RELEVANTE⁷

9. Esta División considera que existen dos mercados relevantes de producto involucrados en el presente caso, a saber: i) aguas arriba, la oferta mayorista de banda ancha, consistente en el acceso físico a la infraestructura de red que poseen ciertas empresas propietarias de canales de transmisión fijas (principalmente par de cobre y HFC), y ii) aguas abajo, el mercado minorista de provisión de banda ancha fija.
10. En efecto, en el mercado aguas arriba o mayorista, Telefónica otorga acceso a sus redes fijas -en un inicio destinadas únicamente al suministro de servicio telefónico- a proveedores de Internet minoristas (los llamados "ISP"), de tal manera de que éstos puedan realizar la función de interfaz entre Internet y los usuarios; por su parte, el ISP remunera a Telefónica el uso de estas redes. A su turno, en el mercado aguas abajo, actualmente Telefónica compite con los ISP en la oferta de banda ancha fija a los clientes finales.
11. Según lo descrito, Telefónica entrega un insumo indispensable a los ISP para que estos puedan desarrollar su negocio y, a la vez, las partes relacionadas en el contrato mayorista se constituyen en competidores en el mercado de servicios finales.
12. Respecto al mercado minorista, se debe tener en cuenta el nivel de sustitución entre la banda ancha fija y la banda ancha móvil. En este sentido, el H. Tribunal, a propósito del procedimiento contencioso C 135-07, caratulado "*Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile*", en su sentencia N° 97 de 2010, determinó a este respecto:

⁷ De acuerdo a la Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, se entiende por mercado relevante de producto el "*producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado*". Por otro lado, la FNE entiende delimitado el mercado relevante geográfico por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto de un producto o grupo de productos relevantes. Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, pág. 14.

“(...) no existe evidencia de que el servicio de banda ancha provisto por medio de redes inalámbricas sea un buen sustituto de la banda ancha provista por medio de redes fijas, aún cuando es esperable que en el futuro llegue a serlo”⁸.

13. Si bien han pasado más de dos años desde el pronunciamiento del H. Tribunal, dado los antecedentes con que cuenta esta División, aún no es posible afirmar de manera cierta que la banda ancha móvil haya alcanzado en velocidad y latencia a la banda ancha fija, por lo que aún dichos servicios no pueden considerarse sustitutos. En razón de lo anterior, se excluirá del mercado relevante definido con anterioridad, al servicio de banda ancha móvil.
14. Las principales empresas que compiten en el mercado minorista son Telefónica y VTR con cerca del 80% del mercado conjuntamente. La elevada participación de ambas empresas en este mercado fue considerada como un “claro liderazgo” por el H. Tribunal en la sentencia 97 del año 2010⁹. Luego les sigue Claro con aproximadamente 9% de participación de mercado, como se puede observar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1
Participaciones de Mercado Diciembre 2011
Mercado de banda ancha fija nacional: total conexiones

Empresa	Participación de Mercado
Telefónica	41,9%
VTR	37,6%
Claro	9,4%
Grupo GTD	7,7%
Otros(1)	3,4%
Total	100%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Subtel.

(1) La empresa denunciante está incluida en esta categoría y nunca superó el 0.3% de participación de mercado.

⁸ Considerando cuadragésimo primero.

⁹ Considerando cuadragésimo segundo.

15. El HHI de este mercado es de 3.300 puntos lo que implica que es un mercado altamente concentrado, a pesar de que el número de empresas que proveen Internet fijo en Chile es de 28¹⁰. Por su parte, la participación de las empresas de menor tamaño¹¹ -donde están incluidos los ISP- ha sido menor a 10% desde 2007.
16. De los mercados concernidos en las imputaciones denunciadas, el mercado mayorista es el que muestra menor cantidad de competidores, ello en virtud de que, desde un punto de vista técnico, según es profusamente conocido, la principal barrera de entrada a la industria son las importantes inversiones irrecuperables asociadas al despliegue de la infraestructura necesaria para suministrar los servicios.
17. A la época en que se sitúan las imputaciones de la denuncia, Telefónica era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha, razón por la cual, es posible señalar que dicho servicio no contaba con sustitutos en el mercado mayorista. Así fue reconocido por el H. Tribunal, en el considerando Cuadragésimo Sexto, de la sentencia N° 45 de 2006¹², en procedimiento contencioso C 60-05, caratulado "Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE en contra de CTC".
18. Dicha situación fue perpetuada en el tiempo. En efecto, respecto a la penetración del servicio de internet, a través de redes de terceros, cabe señalar que, a fines de 2007 en el país había 3.831 pares totalmente desagregados (a fines de 2006 habían 5.117), que representaban un 0,11% de las líneas en servicio; 2.227 pares compartidos, que representaban un 0,06% de las líneas en servicio, y ninguna línea en calidad de reventa. A la época no se contaba con información respecto a líneas desagregadas en

¹⁰ Información obtenida de www.Subtel.cl

¹¹ Empresas que no consideran a Telefónica (y sus anteriores filiales como Terra y Tie), VTR, Claro (Telmex) y Grupo GTD.

¹² "Que, en la época en que comenzaron a suscribirse los contratos Megavía, esto es el año 2000, según Telefónica CTC consigna en su presentación de fojas 56, dicha compañía era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79,7% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de los años 2000 y 2001, respectivamente)."

modalidad "*Bitstream*"¹³, probablemente debido a que aún dicho servicio no se encontraba sujeto a tarificación¹⁴.

19. En cuanto al escenario actual de desagregación de redes, y concretamente respecto al servicio de *Bitstream*¹⁵, de acuerdo a información aportada por Subtel¹⁶, a la fecha sólo se ha fijado una tarifa para dicho servicio a tres concesionarias: Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (Telefónica), Compañía de Teléfonos de Coyhaique S.A. (Telcoy) y la Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A. (Telsur), siendo dichas empresas las únicas obligadas a través de los decretos tarifarios que les rigen a realizar la oferta de facilidades para la prestación del servicio correspondiente. Asimismo, no se cuenta con antecedentes de que otra empresa, distinta de aquellas obligadas por regulación sectorial, haya realizado una oferta del tipo mayorista respecto a servicios de banda ancha fija.

III. EVOLUCIÓN SERVICIO DE INTERNET

20. La relación entre los mercados descritos y los efectos en la competencia de la conducta denunciada, deben ser analizados considerando la evolución que ha sufrido el mercado de banda ancha. En este sentido, cabe señalar que en el año 2001 el 98% de las conexiones de banda ancha fija en Chile

¹³ Servicio de acceso indirecto al par de cobre.

¹⁴ Véase al respecto Informe Técnico-Económico "Banda Ancha Desnuda: Aspectos técnicos, regulatorios y económicos", de Oscar Cabello, de septiembre de 2009, presentado en procedimiento seguido ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, C 135-07, caratulado: "Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A." (pág. 19). Los porcentajes fueron corregidos debido a que se detectó un error de tipeo en el informe citado donde en vez de decir 0,06% decía 0,11%.

¹⁵ Para el período tarifario 2009-2013 se contempla por primera vez, incorporar la tarifa correspondiente al servicio de acceso indirecto para Internet (*bitstream*), prestación que permite a los proveedores de acceso a Internet utilizar la infraestructura de las concesionarias declaradas dominantes para ofrecer sus servicios. Este servicio está actualmente regulado para las empresas dominantes en la mayoría de los países de la OECD. Cabe destacar que, de acuerdo a lo instruido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dicha prestación se debe incorporar en todos procesos tarifarios de telefonía fija.

Ver en: http://www.Subtel.gob.cl/prontus_Subtel/site/artic/20090131/pags/20090131161825.html.

¹⁶ A través de ORD. N° 3444, de 11 de mayo de 2012.

eran de acceso conmutado¹⁷, mientras que ya para el año 2009 estas conexiones habían desaparecido casi completamente, siendo reemplazadas paulatinamente durante este período por las conexiones de acceso dedicado¹⁸.

21. El punto de inflexión, se produce a mediados de década. En efecto, durante el periodo diciembre 2004 a diciembre 2005, las conexiones conmutadas disminuyeron en 129.000, mientras que las conexiones de banda ancha crecieron en 229.000 aproximadamente. Luego de que a fines del año 2004, las compañías duplicaran la velocidad de acceso sin modificar la tarifa, aumentaron los usuarios de Internet a través de conexiones de banda ancha¹⁹.
22. Asimismo, uno de los elementos de mercado que influyó en la incorporación de usuarios a las conexiones de banda ancha, es la oferta de productos empaquetados (televisión, telefonía e Internet), dado por el fenómeno de convergencia tecnológica, que describió el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a propósito de los autos no contenciosos NC 246-08 *“Solicitud de Informe del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones sobre régimen tarifario de servicios de telefonía fija”*. Señala en dicho sentido el Informe N° 2 de 2009:

“(...) hoy existen diversas tecnologías que pueden prestar servicios cada vez más similares. Asimismo, una misma tecnología permite prestar diversos servicios, lo que hace complejo el análisis de mercado”²⁰.

23. Hoy en día se debe considerar no sólo que el servicio de banda ancha se ha vuelto el principal servicio en la oferta de las compañías de telecomunicaciones, sino que además, que Telefónica cuenta con un claro poder de mercado en la provisión de este servicio, *“atendida la falta de*

¹⁷ Una conexión por línea conmutada es aquella en que el cliente utiliza un módem para llamar a través de la red telefónica al ISP para conectarse a internet. También se le llama conexión dial-up.

¹⁸ El enlace dedicado permite estar conectado permanentemente a Internet sin requerir el uso de la línea telefónica. Es una conexión permanente de alta calidad.

¹⁹ Informe Anual del Sector Telecomunicaciones Año 2005, publicado por Subtel, página 6.

²⁰ Aspectos Generales, párrafo 37.

*sustitutos capaces de disciplinar al servicio de banda ancha alámbrica, su participación en un mercado altamente concentrado y la existencia de importantes barreras a la entrada de nuevos competidores*²¹. En este sentido, si bien a principios de la década pasada Telefónica negociaba con ISP pequeños para que estos ofrecieran Internet y de esa manera poder ofrecer ofertas conjuntas, el mercado evolucionó hacia que sean las mismas empresas de mayor tamaño las que ofrecen varios productos simultáneamente. Dentro de este mix de productos, el de mayor importancia en la actualidad es el servicio de banda ancha.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

IV.1 Exclusión en el marco de los contratos de tipo mayorista

24. Circunscrito el marco de referencia y el escenario que concierne a las imputaciones ya mencionadas, procede analizar en detalle el mérito de aquéllas.
25. De lo señalado por la denunciante, tanto en sus declaraciones, como en las presentaciones dirigidas a esta Fiscalía, las irregularidades denunciadas corresponderían, a un conjunto de conductas exclusorias ejecutadas por Telefónica -en el marco del contrato mayorista celebrado-, en su mayoría, cuando ésta decide entrar al negocio de Internet e integrar su oferta de servicios, aproximadamente en el año 2007.
26. Las prácticas denunciadas, se refieren en su mayoría, a casos de incumplimientos contractuales²². Dada la posición dominante de Telefónica en el mercado mayorista (en especial, por la propiedad de sus redes), procede examinar si aquellos pudieren constituirse en abusos exclusorios. Dichos abusos, en el caso que se denuncia, pudieren tener por fundamento, ya sea, imponer barreras de entradas a potenciales

²¹ Considerando Quincuagésimo Sexto, de sentencia N° 97 de 2010, dictada en procedimiento 135-07, caratulado "*Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile*".

²² Siendo manifiesto en el caso de atraso sistemático y desavenencias en el pago de servicios.

competidores en el mercado minorista de banda ancha, o derechamente a excluir a aquellos que se encuentran prestando dichos servicios.

27. Respecto a conductas excluyentes abusivas de las empresas dominantes, se hace necesario que concurran a este respecto:

i) Poder de mercado: La evaluación de la dominación tendrá en cuenta la estructura competitiva del mercado, y en especial los siguientes factores:

- las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores y la posición de mercado de estos (posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores);
- las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada);
- las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda).

ii) Cierre del mercado lesivo para los consumidores («cierre anticompetitivo del mercado»): situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores²³.

28. Tanto el poder de mercado de Telefónica respecto del servicio de banda ancha, como la manifestación de éste en las relaciones contractuales que establece, ya fueron reconocidos por el H. Tribunal, en el mismo contexto que dio origen a la relación entre la denunciante y Telefónica. Así, queda de manifiesto en el considerando Cuadragésimo Sexto, de la ya citada Sentencia N° 45 de 2006²⁴.

²³ Véase a este respecto: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.

²⁴ “Que, en la época en que comenzaron a suscribirse los contratos Megavía, esto es el año 2000, según Telefónica CTC consigna en su presentación de fojas 56, dicha compañía era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79,7% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de

29. En el análisis que nos convoca, al variar el modelo de negocio respecto al servicio de Internet aproximadamente en el año 2007 -y en dicho contexto habiéndose celebrado un nuevo contrato entre Telefónica y la denunciante-, podría sostenerse que la serie de irregularidades denunciadas obedecen, a lo menos en parte, a diferencias comerciales y operativas entre las partes acerca de la forma de dar aplicación a los contratos suscritos. En apoyo de dicha tesis -y declarado así por la propia denunciante-, se encuentra el documento que da cuenta el Anexo Confidencial 3, aportado por Telefónica.

IV.2 Análisis particular de las conductas denunciadas

❖ Información de altas y bajas

30. Respecto de ciertos incumplimientos aducidos por la denunciante, en particular, de aquellos vinculados con los deberes de informar las altas y bajas de clientes, analizados los antecedentes recopilados, se debe señalar que, no es posible concluir que dicha inobservancia (de considerarse tal) constituya una conducta que tenga por objeto excluir a la denunciante del mercado minorista de servicio de Internet, en circunstancia que desde inicios de la relación contractual y en el período que dichos antecedentes se proporcionaron de manera regular, lo informado por Telefónica fue sistemáticamente el monto total de liquidación para la facturación correspondiente por parte del ISP, y en dicho escenario la denunciante se mantuvo prestando sus servicios.

❖ Eliminación de oferta de servicios de página Web y número 107

31. Asimismo respecto a la eliminación de oferta de servicios de página Web y número 107, es posible señalar, que la facultad que concernía a Telefónica

los años 2000 y 2001, respectivamente). Lo anterior entregó a esta compañía un manifiesto poder de negociación frente a los ISPs interesados en el producto Megavía. En efecto, a juicio de este Tribunal, es evidente que, a la fecha de suscripción de los contratos Megavía, CTC tenía un importante poder de mercado en la oferta mayorista de servicios de acceso a Internet. Lo anterior queda además en evidencia por el propio hecho de que los ISPs suscribieran los contratos Megavía, a pesar de que incluían las cláusulas en cuestión, que les imponían importantes limitaciones." (Énfasis agregado).

en el marco del contrato del año 2001, según se establece en la cláusula sexta, es a “comercializar y divulgar el plan “Renta Plana Internet Horario Económico””.

32. Aun en la premisa de que las obligaciones mencionadas por la denunciante fueren de cargo de Telefónica en la modalidad especificada en la denuncia, en el curso de las diligencias preliminares realizadas, no fueron hallados elementos probatorios de entidad tal que den cuenta de la efectiva ocurrencia de la supuesta conducta.
33. A más de lo anterior, según da cuenta la presentación complementaria a denuncia, en lo referente a la publicidad de oferta de servicios en pagina Web y plataforma 107, la primera habría acontecido sólo en la etapa inicial de la relación contractual (“seis o siete meses”) y la segunda en octubre de 2008, esto es, 35 meses antes de la presentación de la denuncia; razón por la cual, en el supuesto que dichas situaciones correspondiesen a conductas contrarias al DL 211, a la data de la presentación de la denunciante, habían transcurrido los términos de prescripción aplicables.

❖ ***Prohibición de comercialización***

34. En lo que concierne a la prohibición de vender servicios, de modo independiente a Telefónica, procede en primer término precisar que dicha prohibición, de conformidad a lo establecido en la cláusula sexta del contrato del año 2001, se encontraba circunscrita al plan “Renta Plana Internet Horario Económico”, descrito en el contrato, conservando, al menos teóricamente el ISP su libertad para comercializar el servicio de acceso a internet por sus propios medios en las condiciones que estime conveniente (cláusula primera, párrafo quinto).
35. En declaración prestada ante esta Fiscalía, el 04 de noviembre de 2011 Telefónica, da cuenta de las razones que motivaron la estipulación de la

prohibición en los términos en que se encuentra planteada²⁵. Cita de lo señalado se encuentra en Anexo Confidencial 4.

36. Sin que esta División considere la explicación vertida por la denunciada como elemento suficiente que permita descartar la imputación en análisis, procede señalar que, la suposición de conducta ilícita en la estipulación de la prohibición cuestionada, asume que Telefónica quería limitar la intensidad competitiva de los ISPs desde la redacción misma de la cláusula en análisis. Sin embargo, a la data de suscripción del contrato, Telefónica proveía el servicio de internet como un servicio complementario o adicional al de telefonía fija, servicio este último que constituía el negocio principal de la denunciada. De hecho, la oferta diseñada por la propia Telefónica es la provisión de servicio de internet a través de diversos ISPs, integrada con una oferta de servicio telefónico suministrado por ella; situación que se mantuvo incólume al menos durante siete años.
37. Por todo lo anterior, y de acuerdo a los antecedentes recopilados en el proceso, i) al no tener la imputación denunciada por objeto excluir a la denunciante del mercado minorista de servicio de Internet, a la época en que fue establecida en el contrato; ii) que el elemento de prueba idóneo a estos efectos -fuera de carecer de aptitud a efectos de acreditar la prohibición en los términos denunciados- corresponde al contrato suscrito el año 2001; y iii) en virtud de dicha data, habiendo transcurrido con creces el término legal de prescripción, esta División consideró inoportuno realizar actividades adicionales de investigación a fin de verificar la concurrencia de la imputación realizada.

❖ ***Migración de clientes***

38. Respecto a la migración constante y paulatina de usuarios de la denunciante a Telefónica, se acompañaron un set de copias de correos electrónicos, que -en términos generales- dan cuenta de errores en la instalación del servicio de internet, en los que pese al requerimiento

²⁵ Según da cuenta registro de audio, adjunto al acta constancia de fecha 04 de noviembre de 2011.

específico de los clientes en la contratación del servicio suministrado por la denunciante, finalmente se suscribe el servicio suministrado por Terra, ISP relacionado con Telefónica.

39. En relación a lo anterior, cabe mencionar que la data de los antecedentes suministrados corresponden a reclamos o irregularidades acontecidas en los años 2006 y 2007²⁶, razón por la cual, esta División consideró también inoportuno realizar actividades adicionales de investigación que pudieren desvirtuar un proceder negligente e involuntario de parte de la denunciada, toda vez que, en el entendido que dichas migraciones correspondiesen a conductas de carácter anticompetitivo, ha transcurrido con creces el plazo de prescripción aplicable al caso.

❖ ***Discriminación***

40. Respecto a la imputación de discriminación realizada por la denunciante, considerando como referencia las condiciones ofrecidas a la operadora Terra, cabe señalar que, aun cuando la figura denunciada no constituye por sí sola una conducta contraria al DL 211, de acuerdo a información de Subtel²⁷, el servicio dejó de ser prestado por parte de la operadora Terra en noviembre del año 2007, en cuyo mérito y dado el transcurso de los términos legales de prescripción, no se instruyeron diligencias adicionales que permitieran corroborar la hipótesis conductual.

❖ ***Atraso en el pago de servicios***

41. Finalmente, en lo que concierne a dicha imputación, cabe señalar que, los antecedentes reunidos no reúnen la entidad requerida a fin de acreditar los retardos imputados, toda vez que en su totalidad (en su mayoría copias de de correos electrónicos dirigidos a personal encargado del negocio mayorista de Telefónica) se encuentran conformados por indicios donde

²⁶ Concretamente 4 usuarios del año 2006 y 3 usuarios del año 2007.

²⁷ Ver estadísticas reportadas por Subtel sobre el mercado de banca ancha fija en http://www.Subtel.gob.cl/prontus_Subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html.

consta únicamente la versión de la denunciante en lo referente a un supuesto incumplimiento de las obligaciones pactadas.

42. Cabe mencionar en este ámbito, que no se aportó documental vinculada a sentencias civiles u otros (v.gr. arbitrales) que pudieren dar por establecidos los retrasos imputados, ni aun antecedentes relativos a demandas, requerimientos de pagos, u otros.
43. Además de lo anterior, si pudiere tenerse por establecido el incumplimiento de Telefónica de una manera diversa a la ejemplificada precedentemente, de los antecedentes con que se cuenta en el expediente, no es posible concluir de modo inequívoco que dicha inobservancia contractual constituya por sí misma una conducta que tenga por objeto excluir a la denunciante del mercado minorista de servicio de Internet, según acontece también con otras imputaciones realizadas en la denuncia, más aun si se tiene como contexto las diferencias comerciales y operativas entre las partes, acontecidas ya desde al el año 2007.

V. CONCLUSIÓN

44. Considerando lo analizado, que de acuerdo a la información particular recabada en el proceso, no resulta claro que las conductas denunciadas, más allá de corresponder a conflictos comerciales entre particulares, reúnan los requisitos necesarios para ser calificadas de anticompetitivas, y asimismo teniendo en cuenta que ya al momento de interponer la denuncia, la mayor parte de las imputaciones, entre ellas, migración de clientes y prohibición de comercialización, se encontraban prescritas, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes que fueron analizados.
45. Adicionalmente, se debe considerar que la empresa denunciante nunca superó el 0.3% de participación de mercado, sin llegar a tener siquiera 4.000 clientes. En el contexto de una práctica exclusoria, se debe considerar el incentivo que tendría la empresa que excluye para ejecutar

esta práctica. En el presente caso, este incentivo parece ser poco significativo debido al tamaño reducido de la empresa denunciante.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES