

# Una mirada económica y jurídica al fallo *Voissnet contra CTC* y su impacto en el esquema de libre competencia chileno



MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ  
*Investigadora Programa Económico, Libertad y Desarrollo  
Profesora Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile*

VICTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ  
*Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Chile*

## RESUMEN

*El Tribunal de la Libre Competencia acogió parcialmente la demanda de Voissnet S.A.-empresa prestadora de servicios de telefonía a través de internet- y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. La misma sentencia rechazó la demanda reconventional de CTC en contra de Voissnet S.A. Este artículo intentará explicar y entender los argumentos de las partes en conflicto, desde la perspectiva económica y jurídica. Desde la económica, el argumento de CTC se basa en que buscaba proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario vigente. A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. No obstante, existe una distorsión en la forma cómo se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (carga variable), con lo cual, si la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. En este sentido, este es un punto que debiera tratar de solucionarse de cara a las futuras fijaciones tarifarias. Otro tema relevante es si, atendido los considerandos del fallo, se justificará a futuro la regulación en telefonía. Desde el punto de vista jurídico se describen una serie de principios constitucionales relevantes, contrastándose los mismos con la realidad del fallo en comento. Asimismo, se recalca cómo las consideraciones patrimoniales tarifarias no habilitan para alterar la competencia en los mercados. En efecto, el fallo considera abusivas ciertas conductas que si bien podrían tener justificación en inequidades tarifarias, atentan contra el bien jurídico de la libre competencia.*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Una mirada económica al debate. 2.1 Telefonía IP. 2.2 Comentarios a la sentencia N° 45-2006. 2.3 Algunos conceptos económicos. III. La mirada jurídica. 3.1 Reflexiones preliminares. 3.2 Breve análisis constitucional de la normativa de la libre competencia en su aspecto sancionatorio. 3.3 Análisis del fallo a la luz de las reflexiones anteriores. IV. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) acogió parcialmente la demanda de Voissnet S.A., empresa prestadora de servicios de telefonía a través de internet, contra Telefónica CTC y le impuso a esta una multa cercana a US\$ 1.050.000. A juicio del TDLC, Telefónica incurrió en prácticas contrarias a la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de Voissnet y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía a través de internet mediante la tecnología VoIP. En consecuencia, el Tribunal ordenó eliminar de los contratos que Telefónica había suscrito con distintos proveedores de acceso a Internet, todas las prohibiciones o restricciones al uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de telefonía VoIP.

Desde la perspectiva de la economía, este capítulo intentará explicar y entender los argumentos de las partes en conflicto. El argumento de Telefónica se basaba en que quería proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario vigente. A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. No obstante, existe una distorsión en la forma cómo se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (carga variable), con lo cual, si la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. En este sentido, este es un punto que debiera tratar de solucionarse en las futuras fijaciones tarifarias.

Desde el punto de vista jurídico se describen una serie de principios constitucionales relevantes, contrastándose los mismos con la realidad del fallo en comento. Asimismo, se recalca cómo las consideraciones patrimoniales tarifarias no habilitan para alterar la competencia en los mercados. En efecto, el fallo considera abusivas ciertas conductas que si bien podrían tener justificación en inequidades tarifarias, atentan contra el bien jurídico libre competencia.

Así las cosas, el objeto de este capítulo es abordar y hacerse cargo de estos y otros problemas presentes en este debate, como asimismo ofrecer las recomendaciones de política pública adecuadas para enfrentarlos y resolverlos.

## II. UNA MIRADA ECONÓMICA AL DEBATE

### 2.1 Telefonía IP

Tal como el Tribunal lo señala en la Sentencia, la telefonía IP es “un concepto general que engloba la prestación de telefonía mediante la utilización del protocolo IP”<sup>1</sup>. La principal característica de la telefonía IP, respecto de la telefonía tradicional, es que en la telefonía IP la voz se transporta en paquetes por una red de datos.

Este tipo de telefonía puede darse sobre redes propias o sobre redes públicas, como la banda ancha, lo cual da origen a distintos tipos de telefonía IP, con distinta calidad de servicio, siendo menos manejable el tema calidad en las redes públicas. GALETOVIC Y SANHUEZA (2006)<sup>2</sup> definen muy bien los tres tipos de telefonía IP existentes en la actualidad, los cuales resumimos a continuación:

(a) *Red de Datos Privada*: Las empresas que ya cuentan con un sistema de red privada interna de datos, pueden contratar el servicio de telefonía IP y transportar el tráfico de voz entre sucursales, conectando los teléfonos de cada sucursal a equipos que concentran el tráfico. A estos equipos se les agrega un soft switch que cumple la función de etiquetar cada paquete de datos señalando su destino y prioridad dentro de la red de datos. Si la llamada es a un teléfono fijo tradicional, el proveedor de la red privada puede transformar los datos en señales de voz tradicional en protocolo TDM, mediante un media gateway<sup>3</sup>.

(b) *Conmutación IP y el reemplazo del protocolo TDM*: este tipo de telefonía IP reemplaza el protocolo TDM, dentro de la red de telefonía local tradicional, es decir, reemplaza los procesos de conmutación y de transmisión tradicionales para poder conmutar y transmitir por una tecnología IP. Las unidades de línea son las que digitalizan y empaquetan la señal de voz del usuario. Se reemplaza la conmutación por un switch que identifica el destino de los datos de voz empaquetados y la transmisión tradicional se reemplaza por una red de datos privada y cerrada.

---

<sup>1</sup> Véase Sentencia N° 45/2006, p. 7.

<sup>2</sup> Véase GALETOVIC y SANHUEZA (2006).

<sup>3</sup> Un equipo que hace de interface entre la red de datos y la red de telefonía local (PTR).

(c) *Voz sobre Banda Ancha*: para transmitir telefonía IP sobre banda ancha, se conecta un adaptador telefónico (AT o IAD) al módem ADSL que permite transportar datos por el par de cobre. Este adaptador transforma las señales de voz en paquetes de datos y viceversa. Una vez empaquetada la señal de voz, es transmitida igual que un mail, ingresan a la red de banda ancha y se le entregan en el servidor (o ISP) del proveedor de telefonía IP sobre banda ancha. Si la llamada es a un teléfono fijo, el proveedor de telefonía IP sobre banda ancha debe transformar los datos nuevamente en señal de voz (protocolo TDM) y entregarlos a la empresa de telefonía tradicional.

Este servicio puede ofrecerlo cualquiera que invierta en adaptadores telefónicos y en un servidor conectado a internet. Interconectándose al servicio público de telefonía puede darle servicios de telefonía IP a los abonados de la red local, aprovechando tanto la infraestructura de la red de telefonía fija local y la red de banda ancha desplegada por el operador de ella.

La infraestructura de telefonía fija o local que utiliza quien otorga el servicio de voz sobre banda ancha es el par de cobre; el módem ADSL (al cual se le instala el adaptador telefónico, en el par de cobre en la casa del abonado), el cual permite transmitir datos y toda la infraestructura del ADSL<sup>4</sup>; la conexión a internet (provista por el ISP), y la red de infraestructura pública (par de cobre) que permite terminar la llamada en el teléfono del abonado de otro teléfono de la red de telefonía local o fija.

A diferencia de la telefonía tradicional, el tráfico de datos no es procesado por la red de conmutación y tampoco utiliza la red de transmisión de la telefonía tradicional. Estos datos navegan gracias a la conexión ISP por la red de internet. Como se señaló, solo se utiliza el par de cobre para comenzar y terminar llamadas de o a teléfonos fijos.

A diferencia de los otros dos tipos de telefonía IP, la voz sobre banda ancha viaja por una red pública, no privada, lo cual puede generar problemas de calidad del servicio. Asimismo, se diferencia de la conmutación IP, porque en el caso de voz sobre banda ancha, la voz se paquetiza en el mismo aparato telefónico, mediante un adaptador telefónico al módem ADSL.

---

<sup>4</sup> Consiste en el módem ADSL, Splitter, DSLAM y redes de datos, todo lo cual permite la conexión al ISP.

Tal como señalan los autores, la economía básica de las redes de las compañías de telefonía tradicional no cambia con la voz sobre IP. “La voz sobre banda ancha sigue utilizando la red de acceso tradicional. Más aún, en la eventualidad que *toda* la telefonía se hiciera por Internet, la estructura de las redes locales terminaría siendo, después de todo, similar. En efecto, los pares de cobre residenciales necesariamente deberían llegar a una central, donde el tráfico ingresaría a una red de datos interconectada con Internet. Aunque, por supuesto, la conmutación podría hacerse en cualquier parte del mundo”<sup>5</sup>.

## **2.2 Comentarios a la Sentencia N° 45/2006**

A continuación se comentan, desde la perspectiva económica, la respuesta del TDLC frente a las principales imputaciones hechas por Voissnet a Telefónica y una de las alegaciones y defensas señaladas por Telefónica CTC.

### ***2.2.1 Respetto de las Restricciones Contractuales impuestas en los contratos Megavía para impedir la prestación del servicio de VoIP***

A nuestro juicio, este tipo de restricción contractual efectivamente constituye una barrera a la entrada al mercado, tal como lo señala el TDLC. En efecto, el contrato de adhesión establece una restricción que señala explícitamente que los ISP que firmen dicho contrato con Telefónica CTC, no podrán usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de Telefonía IP, es decir, restringen la posibilidad de que ellos firmen un acuerdo con los ASPs para que puedan dar este tipo de servicio. Adicionalmente, impone una multa a quienes no cumplan con dicha restricción, multa que asciende a UF 10.000.

En la literatura económica es posible encontrar diferentes definiciones de barreras a la entrada<sup>6 7</sup>. Una de las más claras corresponde a la de STIGLER, quien las define como “cualquier costo que tiene que

---

<sup>5</sup> GALETOVIC y SANHUEZA (2006) p. 38.

<sup>6</sup> Para una mayor profundización véase BESANKO, DRANOVE y SHANKEY, (1996) capítulo 11.

<sup>7</sup> Véase DEMSETZ (1989) capítulo 2.

enfrentar la empresa entrante, en el cual no incurren o incurrieron las empresas establecidas”<sup>8</sup>. Estas barreras a la entrada le permiten, a la empresa establecida, obtener utilidades sobrenormales en el largo plazo.

¿Representa esta restricción una barrera a la entrada? Si aplicamos la definición de STIGLER se puede afirmar que es una barrera a la entrada, ya que la imposición de la restricción contractual es un impedimento para quienes quieran dar el servicio de VoIP, lo cual representa un costo adicional para ellos.

¿Aumenta esta restricción las utilidades sobrenormales de la empresa en el largo plazo o su poder de mercado?

El poder de mercado consiste en la capacidad de una empresa para decidir el precio que cobra (en el caso de poder monopólico). Claramente una empresa que tiene este poder opera en un mercado que no está en competencia perfecta (donde todos los agentes son tomadores de precios y ninguno puede afectarlo).

Quien tiene poder de mercado, lo ejerce al decidir el precio a cobrar por las unidades que vende. Venderá unidades siempre que el ingreso marginal que reciba, determinado por la demanda de los consumidores, sea superior al costo marginal de producir dichas unidades. Esta es una decisión racional, deriva de maximizar su utilidad con respecto a la cantidad producida<sup>9</sup>.

Generalmente, quien detenta poder de mercado vende unidades inferiores a las óptimas para la sociedad y a un precio superior al óptimo, con lo cual genera un costo social. El costo social que genera el monopolista deriva de que la cantidad ofrecida es inferior a la socialmente óptima. Esto se produce porque su curva de ingreso marginal no coincide con la curva de demanda que enfrenta (es inferior). Cabe tener presente que el costo social no se genera porque el precio sea superior al socialmente óptimo<sup>10</sup>.

¿Cuál es el precio óptimo a cobrar para el monopolista?<sup>11</sup> Dicho precio está determinado por la “Regla de Lerner”, la cual se obtiene

<sup>8</sup> STIGLER (1968) p. 67.

<sup>9</sup> Véase PASHIGIAN (1995) capítulo 8 y 9 y STIGLER (1968) capítulos 2, 3 y 4.

<sup>10</sup> En efecto, puede darse el caso de que exista discriminación de precios perfecta, es decir, el productor le cobre a cada consumidor precios distintos equivalentes a su precio de reserva o lo máximo que está dispuesto a pagar por cada unidad del bien producido. En este caso, desaparece el costo social porque se produce la cantidad socialmente óptima.

<sup>11</sup> Véase DEMSETZ (1989) capítulo 7.

maximizando su utilidad con respecto al precio<sup>12</sup>. Esta regla indica que el poder de mercado de la empresa depende directamente de dos variables: de la elasticidad precio de la demanda del bien y del costo marginal de producción. Es así como empresas que operan en mercados con demandas más inelásticas, donde la presencia de bienes sustitutos es escasa, tienen mayor poder de mercado que empresas que operan con estructuras de costos similares pero en mercados con demandas más elásticas. Asimismo, las empresas más eficientes, que operan con una estructura de costos menor, *ceteris paribus*, tienen mayores posibilidades de obtener un margen positivo.

No obstante, en el caso en comento, Telefónica CTC por ser empresa dominante en el servicio de telefonía local o fija y por tener estas características de monopolio natural, está sujeta a regulación de las tarifas. En efecto, cada 5 años a la empresa dominante se le fijan las tarifas a cobrar a los usuarios por los siguientes 5 años. En consecuencia, no puede hacer uso de su poder de mercado cobrando tarifas monopólicas, a menos que afecte e influya negativamente en el proceso tarifario mismo.

En efecto, el objetivo de la regulación es tratar de emular las condiciones de un mercado competitivo. En Chile prevalece un régimen de libertad tarifaria, salvo respecto de los cargos de acceso, interconexiones y aquellos servicios que el TDLC determine deben ser regulados por no contar con las condiciones de competencia suficientes. En el caso del sector de telecomunicaciones, hay que distinguir entre los servicios de telefonía local o fija, telefonía móvil y telefonía de larga distancia. El sector en el cual se centra más la regulación es en el de telefonía local o fija, porque, como se señaló, se considera que opera con características de monopolio natural. Solo al prestador dominante de telefonía local se le fijan tarifas, fijas y variables (SLM<sup>13</sup>), por lo que se habla de regulación asimétrica. En telefonía móvil se fijan cargos de acceso y tarifas de interconexión y todos los procesos tarifarios de las empresas móviles son simultáneos.

---

<sup>12</sup> La regla de Lerner se representa por la siguiente fórmula:  $(P^* - CMg) / P^* = 1 / N$ , donde N es la elasticidad precio de la demanda del bien.

<sup>13</sup> Servicio Local Medido.

Para realizar los estudios tarifarios tanto el prestador de telefonía móvil como el de telefonía fija dominante proponen a la Subtel las bases técnico económicas. Estas bases incluyen:

- Período de análisis del estudio
- La tecnología de producción con la cual la empresa eficiente producirá el servicio regulado
- Los servicios que hay que regular (según opinión del Tribunal de la Libre Competencia)
- Las áreas tarifarias que la empresa regulada debe servir.
- Los criterios para calcular la tasa de costo de capital, para estimar la proyección de demanda, el criterio de indexación, etc.

Una vez acordadas las bases técnico económicas<sup>14</sup>, tanto el prestador de telefonía móvil como el de telefonía fija dominante realizan el estudio tarifario. Los costos se calculan por área tarifaria, la cual se define como una zona geográfica donde el servicio es provisto por un concesionario dado. Los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, a través de la Subtel, formulan objeciones y contrapositiones al estudio (para ello tienen un plazo de 4 meses). La empresa dispone solo de 30 días para evaluar y hacer observaciones a la respuesta del Ejecutivo. Existe una Comisión de peritos no permanente, conformada por al menos 3 personas, uno de los cuales es de común acuerdo y los otros dos nombrados por cada parte. La opinión de la Comisión de peritos no es vinculante. En consecuencia, los Ministerios de la Transportes y Telecomunicaciones y Economía, definen la tarifa.

Dado este marco tarifario, existe una baja probabilidad de que la empresa dominante pueda ejercer mucho poder monopólico en la determinación de las tarifas a cobrar a los usuarios.

No obstante lo anterior, Telefónica CTC podría querer mantener su posición de dominio evitando que aparezcan nuevos sustitutos al bien ofrecido, lo cual disminuye la elasticidad de la demanda del mercado, con lo cual atentaría contra la libre competencia. Así lo entiende el TDLC:

“Las Cláusulas evidentemente tienen por objeto restringir la libertad de los ISPs que contratan con CTC para brindar acceso de banda ancha a

---

<sup>14</sup> Si hay discrepancias resuelve una comisión de peritos.



ASPs que prestan servicios de VoIP, lo que se ve facilitado por el poder de mercado de dicha compañía. Por ello, estas Cláusulas impiden o dificultan significativamente a dichos ASPs, en la práctica, realizar una actividad económica lícita, perjudicando a los usuarios que demandan sus servicios. En otras palabras, estas cláusulas son una barrera a la entrada para la prestación de determinados servicios de internet. Dicha barrera es impuesta por la empresa dominante en telefonía fija, precisamente para impedir la entrada de esta nueva tecnología que compita con su actividad económica”<sup>15</sup>.

El poder de negociación que detenta Telefónica CTC es el que finalmente limita la posibilidad de que los ISPs puedan contratar libremente la provisión de banda ancha con otras compañías. Como se señala en la sentencia, cuando comenzaron a firmarse los primeros contratos Megavía, Telefónica CTC era la única empresa que ofrecía acceso abierto a banda ancha y, además, era dueña de la mayor parte de la red de telefonía fija o local del país (alrededor de un 76% en el 2001)<sup>16</sup>. Adicionalmente, señala el TDLC detenta una alta participación de mercado, la cual ascendía a 70.7% en junio del 2006<sup>17</sup>.

### ***2.2.2 Respetto de la defensa de Telefónica CTC: la restricción señalada se justificaría debido a la necesidad de la empresa de proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario***

El argumento de Telefónica CTC, se basa en que “la telefonía sobre banda ancha bajo el modelo de negocio de Voissnet, opera bajo un esquema “parasitario” que aprovecha y usufructúa de la infraestructura de telecomunicaciones existente” (v. 2.7).

Estas empresas “que proveen telefonía sobre banda ancha están realizando una práctica anticompetitiva, en atención a que, sin efectuar inversiones –o efectuando inversiones meramente marginales– prestan el mismo servicio de telefonía que ofrecen las concesionarias locales a través de sus redes tradicionales” (v. 2.8)

Señala a continuación que los elementos que utiliza de manera parasitaria empresas como Voissnet serían:

---

<sup>15</sup> Considerando 48.

<sup>16</sup> Considerando 46.

<sup>17</sup> Considerando 47.

- La infraestructura de la red pública telefónica, que incluye el par del cobre sobre el cual se monta el ADSL, y el resto de la red telefónica (mediante una interconexión) para terminar la llamada en otro teléfono de la red pública telefónica. (v.2.5 a)
- Se aprovechan de la infraestructura ADSL (consistente es el modem ADSL, splitter, DSLAM y redes de datos) (v.2.5 b)
- La conexión a internet, el equipamiento del ISP y la conexión a internet que este provee. (v.2.5c)

Dado estos argumentos Telefónica CTC señala que las restricciones contractuales y técnicas que están presentes en sus contratos tendientes a impedir el desarrollo de la tecnología VoIP se justifican dada la necesidad de proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario.

El TDLC, por su parte rechaza este argumento:

“el hecho de que las tarifas que se fijan a las empresas dominantes tienen el carácter de precios máximos y no mínimos, según lo dispone expresamente el artículo 30 H de la Ley General de Telecomunicaciones, y su regulación tiene por preciso objeto evitar que dichas empresas fijen tarifas muy altas con el fin de obtener rentas sobrenormales o monopólicas”<sup>18</sup> (dado su carácter de monopolios naturales).

Además, el TDLC añade que:

“la sola afirmación de CTC de que las limitaciones contractuales tienen por objeto proteger sus ingresos implica reconocer que su justificación fue impedir la merma de los mismos que provendría de una mayor competencia”<sup>19</sup>.

Por ello, el TDLC considera que tales restricciones son anticompetitivas e injustificables

“aún en el caso de que efectivamente se requieran para asegurar el financiamiento de la empresa, pues en toda actividad económica, incluso las reguladas, existen riesgos, entre los que se cuenta la aparición de nuevas tecnologías que puedan sustituir a las tradicionales, lo que obliga a las empresas preexistentes adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Considerando 55.

<sup>19</sup> Considerando 56.

<sup>20</sup> IDEM.

A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. En consecuencia, nos parece correcta su decisión de

“no admitir que CTC imponga limitaciones contractuales para restringir la competencia en el negocio de telefonía fija, aún cuando pudiesen estas tener como finalidad la de proteger sus inversiones en este mercado”<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, el TDLC reconoce que la prestación de banda ancha es un servicio no regulado que comparte algunos costos con la red telefónica<sup>22</sup>.

Dado lo cual, cabe preguntarse si el problema de fondo no radica en la forma de tarificar el servicio de telefonía local o fija. La Ley General de Telecomunicaciones (LGT) establece en su Título V que “los costos a considerar para efectos de fijar tarifas a servicios regulados, corresponderán a los costos incrementales de una empresa eficiente, esto es, a los costos mínimos económicamente sustentables para producir cierta cantidad y calidad de servicio”<sup>23</sup>.

Asimismo, sostiene el TDLC que la estructura tarifaria tradicional de la telefonía local

“considera que los costos que son independientes del tráfico deben recuperarse mediante el Servicio Línea Telefónica (SLT o cargo fijo mensual), en tanto que los costos que supuestamente dependen del tráfico deben recuperarse mediante el Servicio Local Medido (SLM), los Cargos de Acceso (CA) y de más prestaciones que se rarifican por tiempo”<sup>24</sup>.

En consecuencia, dado que la telefonía de VoIP genera una disminución de tráfico en el servicio público telefónico, efectivamente se produce un problema de financiamiento si está distorsionada la forma cómo se tarifica la telefonía fija o local. Es decir, si gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (cargo variable), cada vez que la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. Este es un punto que debiera tratar de resolverse en las futuras fijaciones tarifarias, dado que no es un tema que competa analizar al TDLC.

Para analizar en mayor profundidad este tema, a continuación se hace un breve análisis de la estructura de costos de la industria.

---

<sup>21</sup> Considerando 60.

<sup>22</sup> Considerando 57.

<sup>23</sup> Considerando 52.

<sup>24</sup> Considerando 53.

## Características de la Estructura de Costos de la Industria

El trabajo de GALETOVIC Y SANHUEZA (2006) concluye lo siguiente respecto de la economía básica de las telecomunicaciones:

Al tender la red se materializan economías de escala importantes. “Las fuentes de estas economías de escala son los costos fijos de establecer conexiones entre usuarios: los postes, las obras civiles necesarias para hundir tubos para cables y los edificios necesarios para emplazar las centrales”<sup>25</sup>.

Existen economías de escala en términos de densidad al tender la red de acceso, porque existen costos fijos de establecer conexiones entre usuarios, no obstante, ellos muestran que dichos costos son locales, es decir, hay que incurrir en un costo similar para replicar o extender la red fuera de dicha área.

Esta conclusión implica que “el principal determinante del costo por línea de cada área de servicio es la densidad (número de líneas por hectárea) y su penetración (la fracción de las líneas desplegadas que efectivamente se conectan)”<sup>26</sup>. También señalan que “no se materializan economías de escala “tradicionales”, es decir, por la mera suma de líneas o ampliación del área cubierta”. Esto implica que una empresa grande, en el sentido que cubre un área geográfica más extensa, no necesariamente tendrá costos medios por línea menores que otra empresa que cubre un área geográfica más chica.

Los autores también encuentran economías de densidad en la red de acceso<sup>27</sup>. Estas economías aparecen en la red de acceso secundaria debido a que la inversión necesaria para desplegar dicha red es indivisible. A medida que aumenta la densidad se aprovechan economías debido a la indivisibilidad de la inversión requerida para desplegar la red de acceso secundaria. Igual análisis sirve para explicar la existencia de economías de densidad en la red de acceso primaria, la inversión requerida para canalizar el cable primario no depende del número de abonados conectados a la red de teléfonos. Esta indivisibilidad genera economías de escala o de densidad en la red primaria.

---

<sup>25</sup> GALETOVIC Y SANHUEZA (2006) p. 39.

<sup>26</sup> IDEM. p. 5.

<sup>27</sup> La red de acceso cumple la función de conectar a cada usuario con su central. La red de acceso primaria solo se dimensiona para servir a los clientes que efectivamente se suscriben al servicio. La red de acceso secundaria ha sido desplegada para servir a todos los clientes potenciales del área.

También encuentran economías de penetración en la red de acceso secundaria debido a que a medida que aumenta la penetración, la infraestructura ya desplegada se utiliza más intensamente<sup>28</sup>. En la red de acceso primaria, el número de pares de cobre dentro del cable primario es cercano al número de líneas en servicio, en consecuencia, no se producen economías de escala por penetración.

Los autores enfatizan mucho que estas economías de escala son locales, debido a que ellas aparecen cuando nuevas líneas se conectan en zonas ya cubiertas, pero si el aumento de usuarios ocurre en un área no cubierta, debe incurrirse en todo el costo de la inversión de la red de accesos secundaria y primaria.

Por otra parte, los datos numéricos analizados por los autores muestran que dichas economías de la red de acceso se compensan por el hecho de que el costo de tender la red en zonas más densas es mayor. En consecuencia, en las 25 áreas típicas analizadas por ellos, en promedio, las zonas densas no tenían costos por línea más bajos.

Asimismo, existen economías de escala en la conmutación<sup>29</sup> y en el transporte<sup>30</sup>. En la conmutación, ellas se generan debido a que las centrales de conmutación se albergan en edificios ad hoc y requieren equipos de energía y clima; también se trata de economías de escala locales, dado que no se materializan cuando la empresa decide ampliar su cobertura. Respecto de la red de transmisión, se requiere hacer obras para enterrar los cables. Estas inversiones no se ven afectadas por el número de líneas o por el tráfico, más bien dependen del tráfico generado en el horario de punta. En ambos casos, estas partes de la red son compartidas por todos los usuarios.

Además, sostienen que existen economías de ámbito, en la red de transmisión, dado que parte de la red de acceso primaria desplegada puede servir para canalizar la red de transmisión.

---

<sup>28</sup> El número de pares de cobre desplegados aumenta con el número de abonados potenciales, por lo que conectar más usuarios en una misma área no requiere de inversiones adicionales.

<sup>29</sup> Es el establecimiento temporal de una ruta entre dos puntos (origen y destino). Dicha ruta es necesaria para establecer la comunicación entre los dos usuarios. Una vez terminada la conversación el circuito queda libre para que lo ocupe otro par de usuarios. El conmutador es un computador especializado que se ubica en la central de conmutación el cual permite identificar el origen y destino de una llamada y le asigna un circuito electrónico para que se complete dicha llamada.

<sup>30</sup> La red de transporte conecta a las centrales telefónicas entre sí.

El costo de una red se reparte entre el acceso (47,9%), la conmutación (43,1%) y la transmisión (9%). Un 87,3% de los costos son insensibles al tráfico (87,3%). Los costos de la red de acceso dependen solamente del número de líneas conectadas y gran parte de los costos de conmutación (un 82,1%) no varían con el tráfico.

Respecto de los costos de la red de acceso, los autores concluyen que se incurre en tres tipos de costos al desplegar dicha red:

- i) inversiones indivisibles como postes y canalizaciones que son función de la superficie cubierta, pero no del número de usuarios (red de acceso secundaria).
- ii) El cable que va desde el teléfono de cada usuario a la central telefónica, el cual varía con el número de usuarios conectados (red de acceso primaria).
- iii) Inversiones que permitan conectar un número mayor de usuarios. Estos costos varían con el número potencial de usuarios, dado que existen indivisibilidades en el tendido de la red de acceso e incertidumbre respecto de los clientes futuros (red de acceso secundaria).

Este análisis permite concluir que los costos principales que enfrentan las empresas de telecomunicaciones son costos fijos, que hay economías de escala importantes y de ámbito que también están presentes.

Tal como señalamos en la sección sobre telefonía IP, la economía básica de las redes de las compañías de telefonía tradicional no cambia con la voz sobre IP. La voz sobre banda ancha sigue utilizando la red de acceso tradicional, básicamente utiliza los pares de cobre para empezar y/o terminar llamadas.

En consecuencia, si parte de los costos fijos no se cobran como costo fijo, sino que se cobran mediante el SLM que es un cargo variable, efectivamente se distorsionan las señales de precios de la industria.

### **Evidencia de la Distorsión de Cobro de Cargos Fijos y Variables en la Fijación de Precios**

El objetivo de la regulación de tarifas en aquellas actividades que operan con características de monopolio natural, es emular las condiciones de un mercado competitivo con el fin de proteger a los

consumidores del cobro de precios monopólicos y de estimular las inversiones en el sector.

El modelo utilizado en Chile fija las tarifas a una empresa modelo eficiente, la cual es diferente a la empresa real y solo se restringe a las limitaciones geográficas y demográficas de esta. La idea es que la empresa regulada pueda emular a la empresa modelo eficiente, solo de esta manera logra obtener la rentabilidad igual a la tasa de costo de capital calculada en los estudios tarifarios. De esta forma, son de responsabilidad de la empresa real todas las ineficiencias en operación y/o gestión que pudieran existir.

En el sector de telecomunicaciones, la regulación de tarifas de la telefonía local o fija es asimétrica, por cuanto solo se le regulan las tarifas a la empresa que es dominante en el mercado.

La tarifa de la empresa telefónica dominante se regula porque se asume que no existen condiciones en el mercado que hagan posible un régimen de libertad tarifaria, dado que la actividad presenta economías de escala y de ámbito, que la configuran como monopolio natural.

Respecto de la fijación de tarifas de Telefónica, cabe señalar que en el último proceso tarifario, del 2004<sup>31</sup>, se definieron siete zonas primarias y tres tramos horarios. Para cada zona primaria y horario se definieron las siguientes tarifas, entre otras:

- Tarifa fija (\$/ línea al mes)
- Tarifa variable o SLM (Servicio Local Medido)
- Tarifa tramo local
- Tarifa prepago
- Tarifa teléfonos públicos (\$/segundo)
- Asistencia de operadora
- Tarifa de conexión
- Cargos a proveedores de servicios complementarios

El proceso tarifario también regula los cargos de acceso por interconexiones a otras empresas. Al respecto, se definieron nueve zonas primarias y tres tramos horarios.

---

<sup>31</sup> Véase Decreto N° 169, de mayo del 2004.

Adicionalmente, se tarifican otros servicios, como los de desagregación de redes en cada zona primaria. Bajo este concepto se encuentra el cargo por habilitación del par de cobre, su renta mensual, supervisión de visitas, facilidades para el arriendo de terceros de otros servicios en línea, entre otros.

En términos globales, según el estudio de AGOSTINI Y SAAVEDRA (2005)<sup>32</sup>, los costos fijos de Telefónica, representan un 82% del costo total de la empresa, y los costos variables representan solo un 18%, considerando un tráfico de 691 minutos por línea al mes. No obstante, los autores muestran<sup>33</sup> que según el proceso tarifario del 2004, un 57% de dichos costos se paga vía cargo fijo y un 43% se paga vía cargo variable. Es decir, gran parte de los costos fijos se variabiliza (al ser financiados vía cargo variable o SLM).

En efecto, para un tráfico de 691 minutos, el costo variable por segundo es de \$2.170<sup>34</sup> y el costo fijo mensual es de \$9.911. Sin embargo, los ingresos por SLM, según lo establecido en el último decreto tarifario, son de \$5.189<sup>35</sup> y la tarifa fija mensual, es de \$6.886. Es decir, el margen que deja la tarifa variable por sobre el costo variable es de un 139% y la tarifa fija mensual no cubre completamente el costo fijo mensual. En otras palabras, la empresa financia casi un tercio de sus inversiones fijas vía cargo variable.

Lo anterior va a tener efectos importantes en el financiamiento de las empresas de telefonía fija, específicamente, en este caso de Telefónica. En efecto, tanto los estudios de GALETOVIC Y SANHUEZA (2005), como el estudio de PEÑA Y VIEYRA (2005)<sup>36</sup>, señalan que la telefonía IP sobre banda ancha de terceros genera una migración de tráfico de clientes desde el servicio público telefónico hacia la telefonía IP. Según este último estudio, alrededor de un 19,8% de los clientes migrarían a este nuevo servicio (hasta 663.576 suscriptores). Lo cual equivale a 1.541 millones de minutos anuales (un 22,6% del total).

Dado el decreto tarifario actual, esto también genera un impacto en los clientes que permanecen en la telefonía tradicional. Según el

---

<sup>32</sup> Véase AGOSTINI y SAAVEDRA (2005).

<sup>33</sup> Esta información también se encuentra en el trabajo de GALETOVIC y SANHUEZA (2005)

<sup>34</sup> \$3,14 por 691 min.

<sup>35</sup> Para un tráfico de 691 minutos (\$7,51 por 691 min.)

<sup>36</sup> Véase PEÑA y VIEYRA (2005).



estudio de PEÑA Y VIEYRA, si recalculamos las tarifas del servicio público telefónico de Telefónica, aplicando el decreto tarifario vigente, pero considerando la migración de clientes hacia la telefonía IP, el SLM subiría alrededor de un 26,9%. El impacto financiero para la telefonía local también es importante. Las pérdidas podrían ser de hasta US\$ 120, 87 millones anuales.

Desde la perspectiva de la libre competencia, sería justificable, en principio, la visión del Tribunal, al rechazar el argumento de Telefónica CTC quien justificaba las restricciones contractuales y técnicas para impedir el desarrollo de la tecnología VoIP por cuanto protegían los ingresos calculados en el proceso tarifario, ya que una restricción de uso de la banda ancha que parece anticompetitiva, y así lo entiende el Tribunal<sup>37</sup>.

No obstante, conjuntamente con rechazar dicho argumento el Tribunal debió dejar en claro que existe una distorsión en la forma como se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (carga variable), con lo cual, si la empresa de telefonía pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos y deteriora su funcionamiento, afectando no solo a los usuarios de telefonía fija sino también al servicio de banda ancha que se apoya en la red telefónica fija. Junto con este reconocimiento, hubiera sido deseable que el Tribunal solicitara a la autoridad reguladora corregir la estructura tarifaria con el objeto de cobrar los costos fijos a través de un cargo fijo, y los costos variables mediante un costo variable.

### ***2.2.3 Respecto de la discriminación por parte de CTC en las tarifas de los servicios de acceso de banda ancha entre clientes monousuarios y clientes multiusuarios***

Tanto la empresa Voissnet (v. 1.2 letra a.) como la FNE (v. 5.6 letra a.) acusan a Telefónica CTC de discriminación arbitraria entre clientes monousuarios (con un solo computador) y multiusuarios (con dos o más computadores), al cobrar una tarifa más alta a estos últimos que a los primeros. La Fiscalía señala que “en el servicio de banda ancha, la prestación está acotada a la velocidad ofrecida por el ISP para la transferencia de datos, la cual, dentro de una red local

---

<sup>37</sup> Considerandos 55 y 56.

en el hogar del cliente, se divide según el número de computadores conectados y no representaría mayores costos para Megavía o para el ISP, salvo el “router” o “gateway” necesario para administrar la red local, la cual puede ser también propiedad del usuario y no necesariamente ofrecido por la empresa”.

En consecuencia, a juicio de la FNE, no debiera existir diferencia en costos para la empresa entre una conexión monousuaria o multiusuario, salvo que ofrezca además del acceso a internet otros servicios como dirección IP fija, equipamiento diferente del módem ADSL en el lugar del usuario, etc.

Pero si este no es el caso, la FNE opina que no existe razón alguna que explique las diferencias en los precios “–salvo la de generar ingresos excesivos para CTC, cuya posición de dominio le permite imponerla–”.

Telefónica CTC se defiende de la acusación (v. 2.11.3) “argumentando que ofrece abiertamente las dos modalidades (y no prohíbe ninguna de ellas), por ser propio del servicio de acceso de banda ancha a internet, siendo la contratación de una u otra modalidad una decisión exclusiva del cliente. La distinción según “monousuario” o “multiusuario” es plenamente justificable, ya que se debe a las diferentes intensidades de uso entre ambas modalidades, con la consiguiente diferenciación en costos, la que se traduce finalmente en distintas tarifas para ambas modalidades”. Para una misma velocidad de transmisión, un cliente monousuario genera menor tráfico de información que un cliente multiusuario, en consecuencia, este último generaría un mayor costo.

Por su parte, el TDLC, considera

“que la discriminación descrita no constituye en sí misma un atentado a la libre competencia, pues es razonable esperar que una empresa que debe administrar una importante cartera de clientes busque un sistema de tarificación simplificado, que responda a las características del comportamiento esperado de los grandes grupos de clientes”<sup>38</sup>.

En consecuencia, para el TDLC, a pesar de que reconoce que podría darse una situación bajo la cual clientes monousuarios cursen mayor tráfico que clientes multiusuarios, si se dedican a hacer uso de aplicaciones de internet que requieren mayor ancho de

---

<sup>38</sup> Considerando 65.

banda, por ejemplo, señala que “es más probable es que en promedio los clientes multiusuarios utilicen mayor ancho de banda que los monousuarios”<sup>39</sup>.

La literatura económica permite analizar racionalmente esta discusión. En primer lugar, se entiende que existe discriminación de precios cuando un mismo bien (o variedades de un mismo bien) se venden, ya sea al mismo consumidor o a consumidores distintos a precios netos diferentes. Se comparan precios netos: son los precios menos los costos asociados. No se comparan precios de vitrina.

El objetivo de la empresa al aplicar una estrategia de discriminación de precios es aumentar sus utilidades mediante la extracción o apropiación del excedente al consumidor.

Las condiciones para que exista discriminación de precios son básicamente, que la empresa tenga poder para determinar los precios de los servicios que vende y que no exista arbitraje. Existen dos tipos de arbitraje:

- a) Arbitraje de Reventa: consiste en que un tercero (arbitrador) compra unidades donde el precio neto es menor y las revende en el mercado con precio neto mayor. Existe una transferencia física de unidades de un mercado a otro. Se da con discriminación de precios de tercer grado.
- b) Arbitraje Interpersonal: se da cuando los consumidores no se autclasifican donde corresponde, eligiendo el plan o bien destinado para otro tipo de consumidores. Por ejemplo, clientes con baja demanda por uso del celular (sólo para emergencias) eligen el plan destinado para clientes con alta demanda.

Por otra parte, la literatura económica reconoce tres tipos de discriminación de precios<sup>40</sup>.

- a) Discriminación de precios perfecta: consiste en cobrarle a cada consumidor su precio de reserva (lo máximo que está dispuesto a pagar por unidad demandada). Se le extrae todo el excedente al consumidor. No genera costo social: se logra asignar la cantidad socialmente óptima.
- b) Discriminación de precios de tercer grado: se aplica cuando la empresa no dispone de información suficiente para discriminar

---

<sup>39</sup> Considerando 64.

<sup>40</sup> Véase PASHIGIAN, (1995) capítulo 12.

perfectamente. Puede discriminar precios imperfectamente. Conoce la demanda de los distintos mercados e identifica quien pertenece a cada mercado. Las elasticidades precio de la demanda en cada mercado son distintas.

- c) Discriminación de precios de segundo grado: en este tipo, el productor conoce la demanda grupal (de un consumidor representativo), no la individual. Tampoco puede identificar quién pertenece a qué grupo de consumidores. Ofrece un menú de alternativas de precios y deja que el consumidor se autoclasifique, eligiendo el plan que lo deje con mayor excedente. Con el menú de tarifa en dos partes logra extraerle excedente a ambos grupos de clientes. Debe evitar el arbitraje interpersonal para poder aplicar este tipo de discriminación.

Este es el tipo de discriminación de precios que se ha utilizado en otros casos para extraer excedente a los consumidores, al ofrecerles distintos menú de tarifas diferenciadas por intensidad de uso. A continuación, se analiza cómo se lleva a cabo este tipo de discriminación por intensidad de uso. Cabe tener presente que los autores no conocemos cómo es la política de precios que aplica Telefónica CTC a sus clientes y tampoco se da detalle al respecto en la Sentencia en comento. En consecuencia, se previene que se trata de un análisis teórico y que en ningún caso presuponemos que esto es lo que ha llevado a cabo la empresa. Como se señaló falta información para poder afirmarlo.

Para discriminar precios en segundo grado se utiliza un “Menú de Tarifa en dos Partes”. El menú de tarifa en dos partes consiste en distintas tarifas en dos partes que se le ofrecen al consumidor para que elija la alternativa (o el plan) que más le convenga. ¿Qué es una Tarifa en dos Partes? Es un precio compuesto de un cargo variable (\$/unidad consumida) y un cargo fijo (el cual es independiente del número de unidades consumidas).

La tarifa en dos partes uniforme no discrimina precios y se utiliza muchísimo<sup>41</sup>, por ejemplo, en la tarificación del servicio de Agua potable, en los parques de diversiones como el Mampato, en algunos Pub, etc. Consiste simplemente en cobrar dos cargos, a todos los clientes por igual (independientemente de cuánto compre y de quién sea), un precio por unidad consumida y un cargo fijo.

---

<sup>41</sup> Véase OI (1971).

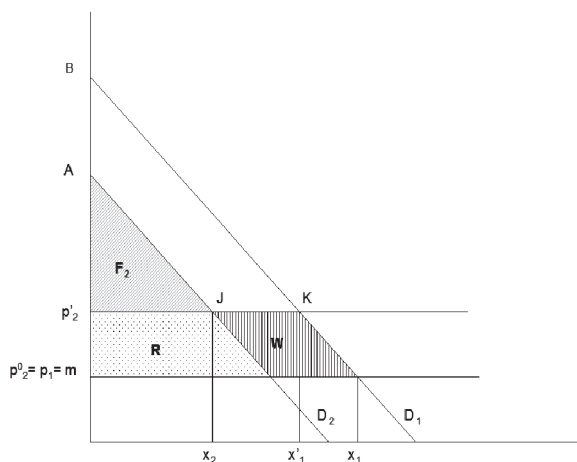
El menú de tarifa en dos partes puede utilizarse para discriminar precios en segundo grado por intensidad de uso<sup>42</sup>. En efecto, suponemos que hay dos grupos de consumidores: los monousuarios (de baja demanda o menor tráfico de información) y los multiusuarios (de alta demanda y mayor tráfico de información) y que el costo marginal de servir a ambos grupos de consumidores es el mismo, en consecuencia, si se cobran precios netos diferentes, entonces hay discriminación de precios. Cabe recordar que bajo este tipo de discriminación de precios no es posible para el oferente distinguir quien está en qué grupo hasta que el usuario revela sus preferencias eligiendo uno de los planes (el de monousuario o el de multiusuario). La idea es que el productor le venda a ambos tipos de consumidores.

¿Cómo discrimina precios en segundo grado por intensidad de uso? Ofrece dos alternativas de tarifa en dos partes. La idea es que los clientes con alta demanda (multiusuarios) paguen poco por unidad consumida (o minuto utilizado) y mayor cargo fijo (grupo 1). Y que los clientes con baja demanda (monousuarios) paguen mayor precio por unidad y menor cargo fijo (grupo 2).

En el gráfico N° 1 se presenta la situación de ambos grupos. Los clientes multiusuarios tienen una demanda mayor ( $D_1$ ) y los clientes monousuarios una demanda más baja ( $D_2$ ). A ambos se les ofrece el siguiente menú de tarifa en dos partes:

Alternativa A: pagar cargo fijo igual a  $F_2$  y precio por unidad consumida (o minuto utilizado) igual a  $P_2$ .

**Gráfico N° 1**



<sup>42</sup> Véase BLACKSTONE (1975) p. 189.

Alternativa B: pagar cargo fijo igual a  $(F2 + \text{área R} + \text{área W})$  y precio por unidad consumida (o minuto utilizado) igual a  $P1$  (el cual es prácticamente igual al costo marginal de producción  $(m)$ ).

En este escenario los clientes de baja demanda o monousuarios solo pueden elegir la alternativa 1, dado que no pueden pagar el alto costo fijo que significa la alternativa 1<sup>43</sup>. Si eligen dicha alternativa, no se quedan con excedente al consumidor, ya que al precio  $P'2$  consumen  $X2$  unidades y pagan como costo fijo el área  $F2$ .

Los clientes de alta demanda o multiusuarios, por su parte, pueden elegir la alternativa A, o bien la B. Si eligen la tarifa en dos partes A, pagan  $P'2$  por unidad consumida (y consumen  $X'1$  unidades a ese precio) y pagan un cargo fijo igual al área  $F2$ , dado lo cual se quedan con un excedente al consumidor igual al área  $ABKJ$ .

El objetivo del productor al ofrecerle un menú de tarifa en dos partes, es diseñarle una alternativa que deje al grupo de alta demanda con el mismo excedente que este obtiene si elige el plan diseñado para el otro grupo, de esta manera el productor se puede apropiar de parte de su excedente. En efecto, en este caso, si el grupo de alta demanda (grupo 2 en el gráfico) elige la alternativa B, paga  $P1$  por unidad consumida (y consume  $X1$  unidades), con lo cual su excedente sería igual al área del triángulo que queda bajo la curva de demanda  $D1$  y sobre el precio  $P1$ . ¿Cómo le extrae excedente a este grupo de consumidores? No solo cobrándole como cargo fijo el área  $F2$ , sino también el área  $R$  y el área  $W$ . De esta manera, lo deja indiferente entre ambas tarifas en dos partes (alternativa A y B), ya que las dos lo dejan con un excedente igual al área  $ABKJ$ .

Cabe señalar que este análisis supone que el costo marginal de servir a ambos grupos de clientes (mono y multiusuarios) es el mismo.

### 2.3 Algunos conceptos económicos

Para una mayor comprensión del texto, a continuación se definen algunos conceptos económicos:

a) *Economías de escala*: se generan cuando los costos medios de producción disminuyen a medida que aumenta la cantidad producida,

<sup>43</sup> Cabe señalar que la máxima disposición a pagar de un usuario está dada por su curva de demanda, la cual indica cuál es su precio de reserva o lo máximo que está dispuesto a pagar por cada unidad consumida).

suponiendo que los precios de los factores productivos no cambia. Esto se puede deber a inversiones en grandes costos fijos, indivisibles, que una vez realizados se financian mediante una producción mayor.

Por lo general dentro de las economías de escala se distingue entre las “economías tecnológicas”, que surgen al producir grandes cantidades de un producto determinado en plantas de gran tamaño, y las “economías administrativas o financieras”, aquellas que surgen de una mejor división administrativa del trabajo y de la reducción en costos unitarios que resulta cuando las compras, las ventas y las transacciones financieras se pueden hacer a gran escala. Es común que ambos tipos de economías estén relacionadas. El tamaño óptimo de la firma no es independiente de las economías tecnológicas, así como tampoco es independiente de las economías administrativas y financieras.

Las economías de escala tecnológicas aparecen cuando un cambio en las cantidades y tipos de recursos utilizados permiten una mayor producción a un menor costo promedio, ya sea por una mayor especialización del trabajo, técnicas de línea de ensamblaje, etc.

El efecto de un cambio tecnológico depende no solo de la producción física de una combinación de variables, pero también de los precios de los factores de producción usados. Si un cambio tecnológico hace necesaria una mayor adquisición de factores costosos, como mejor equipo de capital o mano de obra más capacitada, quizás no haya un ahorro de costos con la mayor producción, por lo que podría ser más eficiente una planta de menor tamaño. De manera parecida, si los costos de transporte de la materia prima o el producto terminado son altos, una planta podría enfrentar costos crecientes al aumentar su producción, por lo que el tamaño más eficiente podría verse limitado.

Sin embargo, por lo general cuando la escala de producción es aumentada, las consideraciones tecnológicas suelen ser de tal importancia que los aumentos de costos de factores pasan a ser insignificantes. Por lo tanto, cuando una economía tecnológica de escala es muy grande y puede lograrse sin la ayuda de un factor productivo excepcionalmente escaso y más que compensa cualquier aumento en el costo de transporte al aumentar la producción, el tamaño de planta capaz de sobrevivir en la industria tendrá que ser lo suficientemente grande para poder tomar ventaja de los métodos de producción que hagan posible el beneficiarse de la mayor parte de estas economías de escala.

Las economías de escala administrativas incluyen a las economías de marketing, financieras, y de investigación.

Cuando una mayor producción se puede lograr de manera más barata que una menor producción sin ningún cambio en las técnicas utilizadas, sino porque al haber una mayor escala de operaciones es posible usar talento administrativo especializado, este ahorro en costos puede clasificarse como una economía de escala administrativa.

Otras economías de escala administrativas provienen de la mayor eficiencia que resulta del empleo de personal de ventas especializado y del producir en una escala suficientemente extensa como para hacer uso de toda su capacidad de ventas. También puede haber economías al realizar transacciones grandes y en manejar cantidades al por mayor; al mantener un programa de publicidad lo suficientemente extensivo como para asegurar no solo el conocimiento de todos los clientes potenciales del producto y sus características, sino también el persuadirlos de que requieren de una marca específica de este; y al mantener una organización de ventas que llegue en buena parte al consumidor.

*b) Economías de densidad:* son economías de escala que se generan cuando los costos medios de producción disminuyen a medida que aumenta el número de clientes o de suscriptores o abonados. Solo se pueden aprovechar si los clientes se ubican dentro de un área geográfica determinada, o bien, podrían existir economías de densidad temporales, las cuales se generan si existen economías de escala que se pueden materializar cuando un grupo consume dentro del mismo período de tiempo<sup>44</sup>.

*c) Economías de ámbito<sup>45</sup> o de alcance<sup>46</sup>:* Existen economías de ámbito o de alcance cuando el costo total de producir los bienes en forma conjunta es menor que el costo total de producirlos en forma separada, es decir, existe un ahorro de costos que deriva de la producción conjunta de los bienes.

Las economías de ámbito pueden producirse en los costos fijos, cuando se comparte un costo fijo entre varios productos, como puede ser el costo de los postes en las calles, el cual es compartido por los cables de electricidad, teléfono, TV cable, etc. Esta economía de ámbito es independiente de la escala de producción del bien.

---

<sup>44</sup> Véase GALETOVIC y SANHUEZA (2006).

<sup>45</sup> Véase VALDÉS (1996).

<sup>46</sup> Véase BAYE (2006) p. 189-90.



También existen economías de ámbito en los costos variables. En este caso la economía de ámbito puede mostrarse de dos formas: al variar la escala de producción de un solo producto manteniendo la escala de producción del resto de los bienes constante, o bien, al variar la composición de la producción manteniendo el uso de los insumos constante.

En el primer caso, se habla de complementariedad de costos. Esta economía de ámbito o de alcance se genera cuando al aumentar la escala de producción de un bien, disminuye el costo marginal de producir el otro bien.

En el segundo caso, las economías de ámbito aparecen al variar la composición de la producción, simplemente porque al producir ambos bienes en forma conjunta es posible producir más de los dos.

*d) Externalidades de red:* En las redes de doble sentido, por ejemplo, redes de internet, telefonía, etc, donde se vincula a distintos usuarios, estos obtienen externalidades positivas, dado que el valor por unidad de los servicios proveídos aumenta a medida que aumenta el tamaño de la red. Es así como una red telefónica que tenga un solo usuario no vale nada. Una red que conecta a dos usuarios vale más, pero vale menos para un usuario que puede conectarse a una red de tres o más usuarios. Al añadir un usuario más a la red se beneficia directamente añadiendo  $2n$  conexiones potenciales<sup>47</sup>.

En consecuencia, estas externalidades de red se generan cuando el consumidor obtiene utilidad no solo de su propio consumo o uso de un determinado bien, sino también por la extensión con que se utiliza por otros consumidores. El valor para cada usuario depende directamente de cuántos usuarios utilizan la red. Esta es la principal diferencia con las red de un sentido<sup>48</sup>.

Adicionalmente, existen las externalidades indirectas de red, o complementariedad de red, las cuales derivan del crecimiento de la utilización de una determinada red. Por ejemplo, el arriendo de películas, bajo el sistema Beta versus VHS. A pesar de que, según la opinión de varios entendidos, Beta superaba a VHS en términos de calidad, el consumidor prefiere el sistema de uso mayoritario, VHS, dado que existirán más productos en stock de dicho formato. Este

<sup>47</sup> Una red de doble sentido que vincula a  $n$  usuarios ofrece  $n(n-1)$  servicios de conexión potenciales.

<sup>48</sup> Las redes de un sentido, como las redes de agua potable, se caracterizan porque los usuarios no se ven beneficiados por el hecho de que otros se conecten también.

sistema se consolidó gracias a las importantes externalidades indirectas de red existentes. Asimismo, el uso creciente de internet ha dado lugar a productos complementarios, como los programas informáticos para dar videoconferencias. Dado los grandes costos fijos en que se debe incurrir para desarrollar la tecnología se requiere de un gran número de usuarios de internet que justifique el desarrollo de él. Mientras más software se desarrollen, más valioso es para el usuario internet.

Esto mismo sucede al adquirir un computador y su sistema operativo, por ejemplo, PC o Macintosh, la cual también está determinada e influenciada por la decisión de compra del resto de los usuarios. Existen externalidades de red que hacen más valioso para el usuario comprar el sistema operativo que se impone en el mercado, de tal manera de poder conversar y transmitir información sin dificultad con el resto de los usuarios.

Algunos economistas que hablan de externalidades de redes son ECONOMIDES Y SALOP (1992)<sup>49</sup>. Según ellos, las externalidades de redes surgen cuando las demandas están interrelacionadas. En consecuencia, si no existe coordinación en las decisiones de producción, se puede generar algún grado de ineficiencia. Cournot fue el primero en enfatizar esta relación de complementariedad entre insumos. El demostró que si el zinc y el cobre, ambos insumos complementarios para producir plaqué, se producen separadamente, el precio del plaqué será mayor y la cantidad de plaqué producida será inferior a la socialmente óptima. El problema con la decisión separada es que la decisión de precio de cada productor tiene un impacto en la demanda del otro. Es decir, la política de precios de una empresa impone una externalidad en la otra empresa. En esta situación, una fusión o la creación de un negocio en red para coordinar las decisiones puede producir importantes ventajas para ambos productores y para la sociedad.

Debemos tener presente que este análisis no es aplicable a todas las situaciones. En efecto, puede no representar el caso de Microsoft versus Netscape, por ejemplo, dado que en este caso la complementariedad de bienes es solo en un sentido, es decir, uno requiere un sistema operativo, por ejemplo Windows para usar un web browser como Internet Explorer, sin embargo, no se necesita un browser para usar un sistema operativo.

---

<sup>49</sup> Véase JOURNAL OF INDUSTRIAL ECONOMIES (1992).

### III. UNA MIRADA JURÍDICA

#### 3.1 Reflexiones preliminares

Voissnet S.A. (Voissnet), empresa prestadora de servicios de voz a través de internet, demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC) por prácticas anticompetitivas que afectarían el derecho de los usuarios de banda ancha a acceder a una serie de prestaciones de internet. Con la demanda, Voissnet buscaría fomentar la competencia entre proveedores de acceso a servicios de internet (ISP) y un mayor desarrollo de los servicios mediante aplicaciones de internet (ASP), especialmente en materia de telecomunicaciones, como la telefonía IP (VoIP).

Básicamente, la demandante sostiene que CTC habría abusado de su posición dominante en los mercados de las telecomunicaciones – marcada por el dominio de las redes telefónicas– y de la banda ancha. En abuso de dicha posición, Voissnet estima que CTC habría impuesto barreras de acceso de competidores, especialmente de telefonía IP, de manera de proteger su negocio de telefonía tradicional, sustitutos uno del otro. Desde el punto de vista constitucional, los hechos denunciados constituirían un abuso a lo dispuesto en el N° 21 del artículo 19° de la Constitución Política de la República.

En resumen, la demanda de Voissnet indica como abusos:

- i) la imposición contractual que habría realizado CTC a sus clientes de acceso mayorista a banda ancha en cuanto prohibir a estos la prestación de servicios IP a terceros, a limitar la velocidad de acceso a una incompatible con la tecnología ADSL y a segregar en precios entre usuarios con uno o varios computadores;
- ii) en dichos contratos y en los existentes entre los ISP y sus clientes, se habría limitado la instalación de equipos detrás del módem de CTC, el compartir el acceso con terceros y el enviar paquetes de información dentro de la red del cliente, todo ello sin autorización de CTC;
- iii) el supuesto bloqueo de las direcciones IP de los servidores de Voissnet a los clientes de banda ancha;
- iv) la venta de paquetes de servicios por parte de CTC, en los que incluiría por precios totales y fijos, servicios regulados –normalmente con tarifas variables– con otros no regulados, con subsidios cruzados de manera de asegurar los clientes y el mercado;

- v) la entrega de servicios de banda ancha a clientes mediante módems que habrían sido configurados para impedir el tráfico de voz mediante sistemas de telefonía IP;
- vi) la instalación de módems a los clientes con una puerta o conexión única USB que imposibilitaría el uso de artefactos para telefonía IP, en contra de las prácticas estándar, y;
- vii) la contratación con grandes clientes corporativos, en base a subsidios cruzados entre servicios regulados y no regulados, plasmados en la emisión de notas de crédito por descuento, de manera de capturar un precio final total más bajo que impida la competencia.

Voissnet, en el petitorio de su demanda, solicita:

- i) la aplicación de multas a CTC;
- ii) la modificación de los contratos que impugna entre CTC, los proveedores de acceso a internet (ISP) y las grandes corporaciones;
- iii) la dictación de instrucciones generales, y;
- iv) la solicitud al Presidente de la República del patrocinio para modificaciones legales.

Por su parte, CTC se defendió respondiendo la demanda y demandando reconventionalmente. En opinión de CTC no existen barreras de ingreso al mercado de acceso a internet por banda ancha pues:

- i) el mismo se presta sin concesión (barrera legal), incluso con conexión a la red pública telefónica, con ciertas condiciones;
- ii) la propia legislación prevee la posibilidad de que terceros hagan ciertos usos de las redes de telefonía existentes incluso para servicios de internet, tarifándolos como servicios complementarios (elimina la economía de escala como barrera de acceso);
- iii) no existe una barrera de entrada asociada a grandes inversiones para proveer servicio de internet a clientes; e
- iv) incluso la propia CTC y otros actores ofrecen servicios de internet a mayoristas.

Adicionalmente, según CTC, existen grandes inversiones realizadas por los distintos prestadores de telefonía, mejorando la calidad del servicio. En cuanto al mercado de internet a través de banda ancha, el mismo es competitivo y evolutivo, por los nuevos actores que ingresan derivados de nuevas tecnologías. El acceso a banda ancha

de internet vía ADSL no es la única alternativa. Señala CTC que ha proveído acceso voluntario, transparente e igualitario, a todos los ISP para que operen en el mercado de la banda ancha, sin mayores inversiones. Indica que la telefonía IP no es sinónimo de telefonía en banda ancha, sino que es un concepto más amplio, en relación al cual CTC jamás ha opuesto resistencia en la medida que se cumplan las normas legales aplicables.

Según CTC, Voissnet es una empresa de esquema "*parasitario*", toda vez que usa las inversiones en infraestructura existentes (telefonía, acceso a banda ancha e internet), agregando equipos marginales. Pese a eso, el servicio que presta Voissnet es jurídicamente igualable al que presta CTC y, con casi nulas inversiones, prestaría los servicios de manera anticompetitiva, *descremando* el mercado en perjuicio de quienes han invertido y en violación de las normas sectoriales aplicables.

CTC indica haber ofrecido servicios de desagregación de redes que permitirían a cualquier empresa invertir en ADSL y prestar servicios de internet por banda ancha a clientes. A dicho sistema podría haber ingresado Voissnet incluso para prestar servicios de telefonía IP.

Desde el punto de vista constitucional, CTC indica que ha invertido en instalaciones de su propiedad para prestar servicios de telefonía, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el N° 24 del artículo 19° de la Constitución Política de la República puede hacer uso y goce de las mismas, sin que exista obligación alguna de poner sus redes al servicio de terceros para prestar servicios de telefonía.

Finalmente, en cuanto a la contestación de la demanda, CTC señala que no ha incurrido en conductas anticompetitivas, refutando los cargos uno a uno. Señala que los contratos de megavía suscritos con los ISP libremente solo tienen por objeto la conectividad a la banda ancha para servicios de internet. Indica que CTC no impone velocidades de acceso incompatibles con la tecnología ADSL, siendo las mismas contratadas libremente por el cliente. La diferenciación entre monousuarios y multiusuarios se justifica por consideraciones objetivas y la contratación en una u otra calidad es libre. Señala que la conexión a banda ancha que se entrega a clientes es solo para acceso a internet y ello explica que, para no afectar este servicio, deba prohibirse la existencia de terceros que intervengan el módem o los equipos. Indica que el servicio que presta es para internet y, por ello, no se bloquean direcciones IP válidas. Sostiene que los servicios a grandes corporaciones que asocian prestaciones regula-

das con no reguladas, y los precios diferenciales, se encuentran autorizados y se justifican en el tráfico. Indica que el bloqueo de puertos es una práctica normal, que puede buscar determinados fines lícitos, y que en el caso concreto, dado que el servicio es solo para internet, no se bloqueen los puertos asociados al mismo. Indica que los módem que ofrece tienen sistemas alternativos de conexión, privilegiándose por su costo aquellos que son suficientes para los fines del contrato, cual es proveer servicios de internet.

Posteriormente, CTC ahonda sobre su opinión en cuanto a los efectos negativos de la telefonía IP, por cuanto no incentiva la inversión en telefonía sino que abusa de la infraestructura existente; no promueve la cobertura de servicios telefónicos, pues acceden quienes ya lo tienen; solo apunta a un sector de la población con acceso a computadores; es regresiva, por la relación entre los clientes de alto tráfico telefónico y los que tienen banda ancha, etc. Cita CTC la incidencia patrimonial (necesidad de recálculo de tarifas) que presenta el desvío de tráfico a la telefonía IP en relación al flujo considerado a efectos de calcular la tarifa aplicable sobre la empresa modelo. Lo anterior, favorecería a los clientes de mayor consumo (que cuentan con banda ancha) en perjuicio de los con menor consumo, quienes no acceden a banda ancha, sin que dicha transferencia de riqueza desde clientes de menores recursos a clientes de más recursos se compense con mayores eficiencias sociales.

Por su parte, CTC demandó reconvencionalmente a Voissnet para que el Tribunal corrija, reprima y prohíba los atentados a la libre competencia en que, en su opinión, dicha empresa habría incurrido. En efecto, como demuestra la actuación de la autoridad sectorial, Voissnet presta servicios de telefonía sin concesión, ni respetando las normas aplicables a las concesionarias de servicio público telefónico local. Lo anterior, lo realizaría en base a inversiones marginales, usando instalaciones de terceros y sin realizar retribución alguna. Voissnet realizaría prácticas de *descreme* de los clientes de mayor tráfico, quienes son los que normalmente cuentan con acceso a banda ancha. De tal forma, afectaría la libre competencia pues prestaría los mismos servicios, a costa de terceros, y en condiciones ilegítimas más favorables.

El traslado de Voissnet a la demanda de CTC indica que el servicio de telefonía IP no es servicio público; no es regulado, pues es un servicio de internet ni, por ello, requiere concesión. En la misma línea, Voissnet tampoco habría hecho uso de los derechos propios

de un concesionario telefónico. Atendido lo dispuesto en el N° 21 del artículo 19° de la Constitución Política de la República, sería inconstitucional aplicar a Voissnet un estatuto legal inexistente o previsto para otros efectos. Indica que la no realización de inversiones no configura una ventaja ilegítima –pues a ello apunta el sistema de interconexiones– precisando que su empresa ha invertido lo necesario para prestar sus servicios propios con alta calidad. Reflexiona sobre el hecho de que la calidad de la telefonía IP va en incremento y que dicho mercado no se encuentra cerrado a CTC. En cuanto al supuesto carácter parasitario, Voissnet indica que ya ha sido el cliente el que ha pagado a CTC sus costos. Sostiene que es falso que la tarifa existente no permita el financiamiento de CTC atendido los nuevos flujos, pues la actual tarifa se fijó en base a tecnologías obsoletas y caras. Finalmente, explica que no realiza *descrème*, sino que, por esencia, sus prestaciones requieren banda ancha y se encuentran abiertas a quienes la posean, sin distingo.

La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) se hizo parte, señalando que CTC abusó de su posición de dominio al crear barreras artificiales de acceso a la competencia en el mercado de telefonía local, mediante imposiciones contractuales a sus clientes ISP. Señala que, por ser sustitutos, tanto la telefonía tradicional como la IP configuran un mismo mercado relevante. La telefonía IP requiere de acceso a banda ancha, mercado en que existe un duopolio, con un control del 50% por parte de CTC. Las cláusulas prohibitivas que CTC impone a sus clientes ISP serían la base del abuso contra la libre competencia, pues desde su posición de dominio en el mercado de acceso a banda ancha impide la competencia en el mercado de la telefonía. Indica que el acceso a internet por banda ancha es un mercado no regulado, donde se aplican las normas de la libre competencia, sin que se deba ejercer poder de mercado para crear barreras artificiales. Luego analiza otras conductas relativas a impedir la telefonía IP, tanto contractuales (discriminaciones) como técnicas y físicas. Las peticiones de la FNE tienden a ser similares a las de Voissnet.

Por su parte, Telmex Servicios Empresariales S.A. (“Telmex”) se hizo parte, alegando interés legítimo, pero sin peticiones concretas. En su opinión, todo servicio cuyo objeto principal sea transmitir voz es telefonía y, por ello y con independencia de la tecnología que se utilice, debe someterse al mismo marco legal. Admitir la telefonía IP sin concesión involucra una violación de ley y una discriminación contra quienes cumplen las normas.

### **3.2 Breve análisis constitucional de la normativa de la libre competencia en su aspecto sancionatorio**

Sin pretender siquiera introducir la gran cantidad de temas que podrían quedar comprendidos dentro del título anterior, no quiero dejar de aprovechar esta instancia para volver sobre algunas consideraciones constitucionales relevantes al momento de aplicar en Chile la normativa sobre la libre competencia, en especial, en materia sancionatoria. Este análisis es siempre importante, toda vez que la normativa de la libre competencia es uno de los dos o tres campos de la acción estatal jurisdiccional donde, por imposición de la necesidad, las potestades públicas son más amplias de lo aconsejable.

Adicionalmente, este análisis es relevante toda vez que en estas materias se aprecia cierta tendencia a la formalidad o formalización, en cuanto al requerimiento de sanciones en base a consideraciones meramente económicas y, lo que es más grave, la constante importación de soluciones dadas en otras latitudes. La reiterada referencia anglosajona es siempre ilustrativa pero, atendido que los sistemas de derecho son integrales y tienen sus contrapesos muchas veces en instituciones diferentes a la que se analiza en particular, no es posible importar solo algunos aspectos de ellos sin poner en peligro, a su vez, la certeza jurídica y la justicia en el sistema receptor.

El enorme poder de la estructura de la libre competencia ha sido prudentemente ejercido por nuestros tribunales especiales y, de caso contrario, adecuadamente controlado por la Corte Suprema. La amplitud de los tipos que se persiguen, que a lo menos deben tender a identificarse claramente con el bien jurídico resguardado como se volverá más adelante, exige con especial fuerza una constante revisión de la constitucionalidad del proceder de los órganos de la libre competencia. Aún más, ni la conformación heterogénea del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde conviven eficientemente abogados y profesionales del sector económico, ni las novedosas formas que adoptan los atentados al bien jurídico resguardado permiten soslayar la completa aplicación de la normativa constitucional y sus garantías, todo ello en el marco de un sistema de derecho escrito, donde incluso la más uniforme repetición de precedentes no es más que una referencia. Tal forma de proceder es esencial para el resguardo de otros bienes jurídicos relevantes, incluso para la buena operación de los mercados como asignadores eficientes de recursos, cuales son la seguridad y la certeza jurídica.



La libre competencia, como bien jurídico, tiene raíces en la propia Constitución Política de la República –en cuanto constituye la expresión y conjunción de la libertad e igualdad en los mercados– y en la protección de un orden público económico reconocido, como situación, en ella. Tal base constitucional –origen que, por lo demás, comparte con la gran mayoría de los bienes jurídicos que tienen, incluso, protección penal– y, sin duda, su gran importancia para permitir que los mercados apunten hacia lograr la importante labor que se entrega a ellos, no permite olvidar una conclusión básica, a saber, los procesos tendientes a la represión de conductas atentatorias a la libre competencia quedan amparados por un conjunto de garantías constitucionales, de tipo sustancial y procedimental.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han reconocido que en Chile existe un solo *ius puniendi* o potestad sancionatoria del Estado, con una sola base constitucional y, por lo mismo, con un único conjunto de principios y límites aplicables<sup>50</sup>. Lo anterior, entre otras razones, por el hecho que de no poder ampararse las potestades sancionatorias no penales en las normativas constitucionales del *ius puniendi*, aquellas quedarían sin amparo constitucional posible.

La normativa de la libre competencia, al menos en su fase sancionatoria, por cierto, no escapa a la aplicación de este marco constitucional. Aún más, es imposible conceptualizar las penas contenidas en estas normas como meramente administrativas, toda vez que son aplicadas –y no simplemente revisadas– por un tribunal. Así, con ciertos niveles de profundidad e incluso para aquellos casos de sanciones administrativas, ya son múltiples los fallos de nuestra justicia constitucional y ordinaria que han llegado a esta conclusión<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Tal posición la han asumido en Chile, entre otros, BERMÚDEZ (1998), FELIU (2003), SOTO KLOSS (1992), etc. En España han desarrollado estas tesis NIETO y GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros.

<sup>51</sup> Por ejemplo, en cuanto a hacer aplicable los principios del *ius puniendi* incluso a las potestades sancionatorias administrativas, se sugiere ver los siguientes fallos del Tribunal Constitucional: i) el del rol número 24, de 1984; ii) el del rol número 244, de 1996, y; iii) el del rol número 437, de 2005. Más reciente aún, por ejemplo, el fallo del rol 479 es contundente y claro a este respecto. En efecto, en el considerando sexto señala “... esta Magistratura ha sostenido ya en múltiples oportunidades, que al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se les aplica el principio de legalidad (particularmente en la sentencia de 27 de julio recién pasado, rol 480)”. Uno de los casos previos en que se manifestó esta conclusión de forma más tajante se encuentra en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el rol 244 de 1996, particularmente en su considerando noveno.

Dentro de los principios constitucionales del *ius puniendi* que resultan plenamente aplicables al derecho de la libre competencia se encuentran, entre otros, el del bien jurídico; el de la reserva de ley y tipicidad de la pena y de la conducta sancionada; el de la culpabilidad; el de la carga de la prueba, y; el conjunto de principios propios del debido proceso. A continuación se analizarán algunos aspectos de estos principios.

### 3.2.1 El principio del bien jurídico

Este principio del *ius puniendi* humanitario tiene su origen en reconocer que la sanción es la *ultima ratio* del derecho, cuando la protección de bienes o valores de relevancia jurídica, es decir social, requiere acudir al drástico expediente de la pena en sus múltiples formas. Al ser la protección de los bienes o valores relevantes jurídicamente la finalidad que justifica la existencia de la pena, todo tipo sancionatorio debe tender a la protección de un bien jurídico y no meramente al resguardo de la decisión de una autoridad, en abstracto. Así, según las características del bien jurídico y la gravedad de los alcances de una afección al mismo, el legislador debe optar por sancionar cuando se ha afectado el objeto de protección—ilícitos de daño— o, incluso antes, cuando el mismo se ha amenazado, caso de los ilícitos de peligro. El peligro o amenaza sancionable puede ser real, es decir, la acción efectivamente pudo afectar el bien, o abstracto, es decir, basta que potencialmente haya podido hacerlo o ello se presuma.

La tendencia general en delitos relativos a la protección del conjunto de bienes jurídicos que existen tras la noción de orden público económico, por la importancia de los mismos, la novedad de los atentados y la dificultad de la prueba, es a que los tipos sean de peligro. Ello explica que el artículo 3° del DL N° 211 de 1973 opte por sancionar no solo el acto que “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia” sino también el que “tienda a producir dichos efectos”. De esta forma, la comprobación del daño al bien jurídico no constituye, necesariamente, un elemento del tipo<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Hacemos presente que esta forma de estructurar los tipos es más bien formal y ha sido criticada ampliamente a la luz de los principios del derecho sancionatorio humanitario. No obstante ello, en nuestro contexto normativo, es precisamente la plena aplicación del principio de la culpabilidad, es decir, de la sanción sobre base subjetiva acreditada, la que ayuda a justificar la sanción en estos casos. La estructu-

Toda la acción de la FNE y del TDLC debe apuntar a la protección y promoción de este bien jurídico, reprimiendo las conductas culpables –concepto diferente al de culposas– cuyo objetivo ha sido afectarlo. En el caso del DL N° 211 de 1973, el bien jurídico resguardado se encuentra clara y expresamente establecido en varias de sus normas, destacando el artículo 2° que señala como finalidad de los órganos legales y de la ley misma “el resguardo de la libre competencia en los mercados”. La libre competencia es la causa eficiente y final de la actuación de los organismos de protección de la libre competencia. Asimismo, la libre competencia debe tenerse presente al momento de interpretar las normas aplicables, especialmente el artículo 3° del DL N° 211. Solo la afección o posible afección de la libre competencia puede gatillar el accionar de los organismos que prevé la ley, los que operan –precisamente– para la protección y promoción de la misma. La existencia de un mercado no competitivo, en donde actúan monopolios de una forma no dirigida a la afección de la libre competencia –como serían consolidar la posición dominante o protegerla– no constituye un atentado a la libre competencia y, por lo mismo, no es una conducta punible a la luz del DL N° 211 por no impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Por el contrario, incluso en una situación en que no existe una posición dominante pero se acredita una conducta destinada a consolidarla u obtenerla por la vía de afectar la libre competencia, dicho proceder sí quedará bajo el paraguas sancionatorio del DL N° 211. En consecuencia no es la situación de posición de dominio ni su uso –salvo en cuanto sea dirigido a afectar la libre competencia– la conducta punible, pues no se afecta ni puede afectarse el bien jurídico relevante.

La letra b) del artículo 3° del DL N° 211 establece que el abuso de posición dominante se sanciona. Evidentemente, tanto de lo señalado en los artículo 2° y 3° del DL N° 211 como de los mismos ejemplos que se indican en la letra citada del artículo en cuestión, se desprenden dos consecuencias claras. Primero, al sancionarse el *abuso*, existe una tácita aceptación de la licitud del *uso* de una posición de dominio –o aprovechamiento de la utilidad de ella–, la

---

ración de un tipo de peligro abstracto, sumado a una relajación judicial del principio de la culpabilidad y de la prueba, constituye un procer que entra en directo conflicto con nuestra normativa constitucional. Es por ello que, como veremos, en materia de libre competencia la discusión sobre los elementos subjetivos y el estándar de la prueba son temas de la mayor relevancia.

que sería una conducta no típica en nuestro sistema. Segundo, la conducta que se sanciona, atendido el bien jurídico, no es cualquier abuso sino aquel dirigido, precisamente, a afectar el bien jurídico libre competencia. Podemos concluir, en términos generales, que el uso de una posición de dominio se vuelve abusivo, principalmente, cuando va dirigido a afectar la competencia en los mercados.

En otros términos y reiterando el punto, si existen mercados en donde no opera la libre competencia, por ejemplo, por existir posiciones dominantes que no pueden ser amenazadas –dada la existencia de barreras de acceso– y en donde existe, por la poca elasticidad de la demanda del bien o servicio, posibles daños patrimoniales a los demandantes<sup>53</sup>, puede resultar necesario la dictación de instrucciones generales –en lo que pueda regularse con una norma de rango infralegal– o, en su caso, la promoción de modificaciones al marco regulatorio legal. Pero la sola constatación económica de la existencia de un problema de libre competencia no basta, por sí misma, para establecer la necesidad de aplicar una sanción. Una infracción punible a la libre competencia será tal solo en la medida que exista una afección o amenaza a dicho bien que sea fruto del actuar que se persigue. Por el contrario, la utilización de una posición dominante –es decir, la operación en un mercado no competitivo, en uso de ella– no dirigida a afectar el bien jurídico libre competencia no es una conducta punible bajo el amparo del DL N° 211. El artículo 3° del DL N° 211, en su inciso primero, es claro a dicho respecto. En efecto el acto que se sanciona debe impedir, restringir o entorpecer –o tender a ello– la libre competencia. Los ejemplos que se entregan en las letras a) a c) y aún aceptando que su inclusión en la ley es solo ilustrativa y no taxativa, solo refuerzan esta conclusión. Así, solo será sancionable la conducta que afecta o tienda a afectar el bien jurídico libre competencia. Por el contrario, en nuestro parecer la posición de dominio o el acto dirigido a obtener los beneficios de ella sin que se busque afectar la libre competencia, podrían no ser conductas sancionables al amparo del artículo 3° del DL N° 211.

---

<sup>53</sup> Hacemos presente en este punto que, en nuestra opinión, el bien jurídico libre competencia tiene una conformación especial, que lo diferencia de otros bienes jurídicos de tipo patrimonial. Por ello, no es necesario demostrar un daño patrimonial de un agente concreto para establecer que existe una afección al bien jurídico libre competencia. Lo anterior, sin desconocer las conexiones entre ambos órdenes de bienes jurídicos.

Es precisamente en este punto donde el aporte jurídico al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe distinguir lo que es el monopolio en su fase económica de lo que es, jurídicamente, una posición dominante cuyo uso apunta o busca afectar la libre competencia y, en tal calidad, se hace acreedora de una sanción. En efecto, si bien económicamente puede determinarse la existencia de un actor que se desenvuelve dentro de su posición de dominio no desafiante, ejerciendo poder de mercado, ello no involucra una actuación tendiente a afectar el bien jurídico que se resguarda pues, en los hechos, el mismo se encuentra afectado de antemano en una situación que puede no resultar imputable al investigado. Lamentablemente, este no ha sido siempre el enfoque de análisis de nuestros organismos de defensa de la libre competencia. A modo de ejemplo, el tribunal indicado en el Rol N° 48/2007, relativo a una denuncia de la Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A., procedió a desechar la denuncia sobre la base que la posición de dominio no era tal pues existían alternativas al servicio ofrecido, soslayando el hecho de que en todo caso la acción denunciada difícilmente pudo estimarse como típica toda vez que la misma, de manera alguna, pareció afectar o poder afectar la libre competencia.

En conclusión, la protección y promoción del bien jurídico libre competencia es la finalidad de toda la estructura del DL N° 211. Solo cuando se desarrollan conductas a lo menos tendientes a afectar dicho bien jurídico, procederá la eventual aplicación de sanciones, aplicando a las mismas el conjunto de garantías del *ius puniendi*. Por el contrario, aún la constatación económica de la existencia de un mercado no competitivo no es suficiente, por sí sola, para la sanción jurídica de quienes se desenvuelven en el mismo en uso de su posición dominante.

### **3.2.2 El principio de la culpabilidad (*nulla poena sine culpa*)**

Básicamente, este principio exige que la responsabilidad –en este caso, la obligación de hacer frente a una sanción– tenga base subjetiva, de manera que no se puede sancionar a una persona simplemente por el hecho de constatar que determinadas circunstancias son encuadrables, objetivamente, dentro del marco descrito por el tipo legal.

Siempre ha sido un tema de amplia discusión si, en determinados campos del derecho y particularmente el contravencional, es posible aplicar penas sin establecer un grado subjetivo de responsabilidad. Sin pretender ahondar en dicho campo, la tendencia en la actualidad –incluso a nivel jurisprudencial– es a desechar la responsabilidad objetiva –con sus múltiples variables– en materia de aplicación de sanciones, rescatando el principio en estudio, mismo que no tiene una definición constitucional simple<sup>54</sup>.

El campo de la libre competencia, por sus características, es uno de aquellos en los que el estudio de los elementos subjetivos no ha sido particularmente desarrollado o, incluso, se han dado fallos con cierto grado de contradicción. Tal tendencia se ha agudizado desde la modificación legal del año 2003, misma que eliminó del DL 211 el ilícito propiamente penal. Se trata de un campo donde, por consideraciones si se quiere criminológicas –en el sentido de centradas en las características de la persona del infractor–, se tiende a asumir la subjetividad necesaria para aplicar las sanciones. En efecto, atendida las características particulares de los infractores –normalmente personas de alta preparación y especialistas en sus áreas– se asume que existe pleno conocimiento del efecto de sus conductas y, por lo mismo, a lo menos aceptación de los resultados dañosos.

Más allá de que efectivamente las características propias de los partícipes de las conductas eventualmente atentatorias contra la libre competencia, podrían permitir establecer bases de presunción sobre los elementos subjetivos necesarios al momento de sancionar, dentro de un contexto probatorio, no se puede abandonar en estas materias el principio de la culpabilidad. El mismo, asociado al de la prueba, exige que se establezca en el proceso la existencia de la disposición subjetiva del investigado al momento de cometer los hechos y, más concretamente, el ánimo de afectar la libre competencia. La estructura misma de los tipos del ilícito antimonopolio da cuenta de esta exigencia de manera expresa. Este análisis, en términos generales, no es particularmente estricto en nuestro sistema y,

---

<sup>54</sup> No es del caso profundizar en este punto, pero ha existido discusión sobre el alcance de la expresión del N° 3 del artículo 19° de la Constitución Política de la República en cuanto a que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. En nuestra opinión, el principio en estudio tiene una consagración constitucional clara, en la que interviene adicionalmente tratados internacionales, con los alcances limitatorios de la potestad legislativa que los mismos poseen en materia de derechos humanos atendido lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución Política de la República.

eventualmente, su carencia se escuda tras la relativamente poca aplicación de sanciones que ha existido o, si se quiere, de la tendencia a seguir el esquema contravencional que operó mientras el antiguo DL N° 211 mantuvo, bajo un mismo tipo, la dualidad penal-contravencional.

La sola constatación económica de la existencia de una conducta que objetivamente pudiera afectar la libre competencia o, a lo menos, tender a ello, no permite la aplicación de sanciones a la persona. Soslayar la prueba y análisis de los elementos subjetivos al momento de sancionar, sobre la base de certezas económicas, nos acerca peligrosamente al *derecho penal de autor*, es decir, aquel que por contraposición al *de actos*, se centra en la existencia de un grupo de personas potencialmente peligrosas y, simplemente, las asume culpables.

Los fallos del Tribunal Constitucional chileno antes citados van en la línea acertada, toda vez que concluyen que la aplicación del principio en estudio no emana de una importación paulatina de ciertos principios penales al campo sancionatorio administrativo sino, derechamente, de la existencia de un derecho sancionatorio o *ius puniendi* único, que presenta distintas ramas.

### **3.2.3 El principio de la reserva de ley y tipicidad**

La reserva de ley, en cuanto a las conductas que se sancionan y las penas que se aplicarán, requiere que sea una ley, en el sentido formal y material, la que determine estas materias. La elección de la conducta que se sancionará –*ultima ratio* de nuestro sistema jurídico– queda entregada a un órgano representativo. Por su parte, el principio de la tipicidad es una especificación del principio de la reserva de ley en cuanto la norma de tal rango debe contener una descripción más o menos acaba de la conducta y una determinación –o las reglas para proceder a ello– de la pena aplicar. No basta la ley, sino que la misma debe tener cierto nivel de especificidad. Es esta especificidad una garantía no solo de las personas y agentes económicos sino que, adicionalmente, un elemento de relevancia social toda vez que el efecto de prevención general que se busca tras la amenaza de la sanción, es decir, estimular que el agente se abstenga de actuar por temor a incurrir en responsabilidad– requiere una norma más o menos precisa que con claridad señale los efectos que se producirán si se desarrolla determinada conducta. Los tipos amplios o vagos, ade-

más de crear un espacio para la arbitrariedad de dudoso amparo constitucional, tornan ineficientes las herramientas sancionatorias e, incluso, pueden desestimular –en lo que respecta a nuestro tema– la operación en los mercados y la libre competencia.

Nuestra jurisprudencia, no obstante, reconoce la plena aplicación de estos principios a todos los campos del *ius puniendi* –dentro de los que sin duda se encuentra el derecho de la libre competencia– ha establecido ciertos grados en cuanto a la rigidez con la que dichos principios deben ser aplicados. Así, en ciertos casos, se acepta una relajación del principio de la legalidad y de la tipicidad, en materias de derecho sancionatorio administrativo. En nuestra opinión, los matices que formula nuestra jurisprudencia constitucional no tienen base en nuestra Carta Fundamental y obedecen a un peligroso y aparente sentido común.

Teniendo presente lo anterior, según nuestro parecer las poderosas razones prácticas que obligan a establecer tipos relativamente abiertos de contravención a la libre competencia –dentro de las que se encuentran, por ejemplo, la gravedad de los efectos de los actos o la constante creación por parte de los actores– no permiten dejar de lado la consideración relativa a que si se desea sancionar una conducta investigada debe realizarse un esfuerzo preciso en determinar si la misma se encuadra dentro de los tipos del artículo 3° del DL N° 211, con especial énfasis en el elemento del bien jurídico.

En un sentido contrario, nos parece atendible que para la aplicación de las medidas no sancionatorias que contempla la ley en relación a perfeccionar los mercados desde el punto de vista de la libre competencia, se abandone el rígido principio de la tipicidad que hemos defendido. Lo anterior, sin soslayar que, como ante toda actividad de un órgano público, sigue siendo aplicable el principio de la juridicidad.

### ***3.2.4 El principio de la presunción de inocencia y la carga de la prueba***

Presumida la inocencia de las personas comprometidas en los hechos que se investigan, evidentemente la carga de la prueba u obligación de aportar los elementos de convicción recae, en lo sancionatorio, de manera íntegra sobre quien persigue la aplicación de una sanción. La prueba a rendir debe referirse no solo a los elementos objetivos de la conducta sino que, adicionalmente, a los elementos subjetivos que se requieren para la aplicación de una san-



ción. La sola existencia de un organismo permanente y profesional destinado a resguardar la libre competencia, con facultades de investigar, requerir la aplicación de multas y actuar como parte en el proceso respectivo, da cuenta de la importancia que tuvo para el legislador el elemento probatorio y preventivo y permite, con razón, exigir precisión al respecto. Tradicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica ha cumplido este cometido legal.

De no lograrse un adecuado estándar de prueba, del todo asimilable al existente en otras materias sancionatorias como las propiamente penales, no procede la aplicación de sanción alguna a la persona. En este contexto, los análisis económicos y de causalidad son un importante indicio del que pueden surgir bases para presunciones pero las mismas, por si solas, no bastan para aplicar una sanción.

La necesidad de dar aplicación al principio en análisis fue contundentemente afirmada por la Corte Suprema en el fallo dictado en el Rol N° 5057-2006 (en relación a la sentencia Rol N° 43/2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), comentado en esta obra, al dejar sin efecto la aplicación de una sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso denominado coloquialmente “oxígeno”.

Sobre este punto y especialmente teniendo presente la amplitud de los tipos que contiene el DL N° 211, son precisamente los principios de la carga de la prueba y del bien jurídico tutelado los llamados a lograr un resultado equilibrado, justo, de certeza y aceptable desde la perspectiva constitucional. Por el contrario, la amplitud de los tipos, el sacar del análisis el hecho de que la conducta perseguida debe tener por objeto afectar la libre competencia para centrarse simplemente en la existencia de una situación previa de monopolio constatado técnicamente y una relajación notable del principio de la carga de la prueba pueden, en los hechos, tornar el sistema de defensa de la libre competencia en una institución cuestionable.

### **3.3 Análisis del fallo a la luz de las reflexiones anteriores**

#### ***3.3.1 Carga de la prueba***

De la sola lectura de los puntos de prueba nos surge la duda sobre la forma en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplica el principio de la carga de la prueba, el que como hemos

señalado, en materia sancionatoria se encuentra directamente ligado al de la presunción de inocencia, del que es su consecuencia natural.

Al respecto, en primer lugar, no se aprecia dentro de los puntos de prueba ninguna referencia a ciertos aspectos de los tipos sancionatorios, como el abuso –verbo rector diferente al simple uso– o la posición subjetiva de los actores. Dichos elementos, algo forzosamente, podrían entenderse comprendidos dentro de los puntos de prueba genéricos que se fijan, con lo que ello implica para el debido proceso, especialmente en cuanto a la limitación de la posibilidad de rendir prueba de testigos.

La simple mención a “*hechos y circunstancias de orden económico que justificarían (...)*” determinadas diferencias de cobro o restricciones contractuales si bien puede ser relevante a efectos de determinar la necesidad de regular mediante instrucciones generales o proponer al Presidente de la República la necesidad de dar curso al procedimiento de modificación del marco regulatorio, es completamente insuficiente al momento de decidir sobre la aplicación de sanciones.

Desde el punto de vista de la carga de la prueba, la forma en que se establecen los puntos llama a confusiones, toda vez que parece ser obligación del investigado, requerido o acusado el demostrar la justificación de su proceder siendo que, como hemos señalado, corresponde al requirente fiscal y demandante particular, en su caso, evacuar esta carga so pena de perder el juicio.

Esta forma de conceptualizar los puntos de prueba tiene explicación económica y es adecuada a efectos de estudiar la necesidad de modificaciones regulatorias. No obstante ello, la aplicación de sanciones es una materia eminentemente jurídica que requiere de la consideración de elementos adicionales, especificados, que no se encuentran adecuadamente pormenorizados.

La causa de las situaciones descritas, que en nuestra opinión son inconvenientes, puede encontrarse posiblemente en la práctica –bajo nuestro parecer, sin sustento legal y constitucional– de tramitar conjuntamente conflictos sancionatorios con discusiones sobre el marco normativo. Ni el DL N° 211 ni los mínimos requisitos constitucionales del debido proceso permiten o aconsejan, respectivamente, dicho proceder. Las causas de pedir y el petitorio son diferentes en ambas materias y su tramitación conjunta puede operar en

perjuicio de la justicia y de los mercados, por muy prudente que sea el proceder del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como de hecho lo ha sido históricamente.

### **3.3.2 Estándar de la prueba**

En este punto, en primer lugar, creemos que el Tribunal realiza una muy correcta resolución de las tachas, con plena aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil que resultan relevantes, rescatando a través de la prueba testimonial el valor de los informes elaborados por técnicos, como mecanismo de convicción. La conclusión que se extrae de dicha forma de resolver es altamente relevante en procedimientos donde la materia en discusión presenta un sustrato de hechos, incluso previo al análisis económico propiamente tal, de alta complejidad. No obstante lo anterior, nos habría gustado que la sentencia hubiere explicitado el análisis –que sin duda debe haber existido al interior del Tribunal– de la afirmación de la FNE, en cuanto a que en conflictos donde el orden público económico se encuentra en juego –con sus efectos para la comunidad, de la que sin duda todo testigo forma parte– obligan a realizar una interpretación especial de las nociones de “*interés*” e “*imparcialidad necesaria*”.

### **3.3.3 Alcances de la regulación sectorial**

El Tribunal, a contar del considerando vigésimo sexto, procede a analizar si los servicios de telefonía IP pueden o no ser considerados como servicios públicos telefónicos. Al respecto, el Tribunal concluye que los servicios de telefonía IP no son servicios públicos telefónicos, subcategoría del servicio público de telecomunicaciones, pues no corresponden a ninguna de las subcategorías de servicio telefónico local, móvil o de larga distancia. Ahora bien, atendido que Voissnet busca satisfacer necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general, debe concluirse que su actividad trata de un servicio público de telecomunicaciones.

Por su parte, en el considerando trigésimo quinto, el Tribunal concluye que la banda ancha es un servicio libre, que se presta sin concesión y que no cae dentro del campo de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Sea que la telefonía IP se asimile a los servicios públicos de telecomunicaciones o, en su caso, a un simple servicio de internet –libre o no regulado como tal– en la actualidad no existen normas que le resulten aplicables.

Las conclusiones anteriores nos parecen interesantes, en cuanto reflejan la opción constitucional relativa a la libertad de empresa contenida en el N° 21 del artículo 19° de la Constitución Política de la República. En efecto, la regulación dentro del campo del derecho privado –incluso en estas materias fronterizas como son las propias de los servicios públicos– es siempre excepcional en el sentido que no puede extenderse, por analogía, a áreas que no han sido previstas expresamente por el verdadero sentido o alcance de las normas. Más allá de ser discutible si el Tribunal tiene competencia para pronunciar la última palabra sobre el marco regulatorio aplicable a la telefonía IP (de hecho, expresamente señala que no lo hace, todo ello en la parte final del considerando trigésimo noveno), la conclusión anterior no agota el tema desde la perspectiva de la libre competencia.

En efecto, el Tribunal señala –clara y acertadamente– que el cumplimiento o incumplimiento de la normativa sectorial es un tema diverso de la necesidad de reprimir eventuales atentados a las normas de la libre competencia.

### **3.3.4 Contrato de Adhesión**

En el considerando cuadragésimo primero, el Tribunal señala que según la evidencia con la que cuenta, los contratos suscritos entre CTC y los ISP son contratos “*de adhesión*”, indicando más adelante que a la fecha de firma de los mismos CTC era el único oferente de servicios de acceso a banda ancha mayorista. Lo anterior, que parece irrelevante, tiene importancia a efectos de explicar que no se haya realizado un mayor análisis en cuanto a la eventual responsabilidad de los ISP en las conductas que finalmente se reprochan a CTC. En efecto, al tratarse de contratos, a lo menos es necesario plantear y excluir la posibilidad de que el poder de mercado haya sido ejercido en la forma de un acuerdo en perjuicio de terceros.

### **3.3.5 Mercado relevante**

A contar del considerando cuadragésimo, el Tribunal desarrolla un interesante análisis a efectos de determinar el o los mercados rele-

vantes en juego. Así, por un lado, analiza el mercado relevante en el que se abusa de la posición de dominio y, por el otro, analiza el mercado relevante en el que se afecta la libre competencia. Esta diferenciación es importante, por cuanto da cuenta claramente del distingo que señalamos a propósito de analizar los alcances del principio del bien jurídico en materia de la libre competencia. En el primer caso, el mercado relevante es el de internet en donde existe una posición de dominio que, si bien podría requerir regulación, no es sancionable *per se*. Es el uso de la posición de dominio dirigido a afectar la libre competencia en otro mercado<sup>55</sup> –y por ello, abuso– el que se persigue con la sanción. Detrás del análisis del Tribunal se encuentra este distingo.

El mercado objeto de un eventual atentado a la libre competencia es el mercado de servicios telefónicos, en el que tradicionalmente operan las telefónicas y en el que, producto de la irrupción de la telefonía IP, han entrado a operar nuevos actores. Así, una primera conclusión que requiere ser rescatada desde la perspectiva de la libre competencia, es el hecho de que la existencia de regímenes jurídicos distintos no permite soslayar que, atendida las necesidades que satisfacen, dos bienes o servicios pueden ser considerados sustitutos uno del otro y, de tal forma, conformar un mismo mercado relevante a la luz del producto. Tal conclusión se obtiene de una mirada sustancial, donde el marco regulatorio aplicable a las alternativas puede ser diferente sin que ello constituya, necesariamente, una práctica anticompetitiva.

En segundo lugar, el Tribunal concluye que es necesario analizar la posición relativa de CTC al interior del mercado de oferta mayorista de acceso a internet por banda ancha. Es en este mercado, en el que interviene CTC como proveedor y los ISP como clientes mayoristas, en el que se podría haber cometido la afección a la libre competencia contenida en los contratos impugnados, dirigida eventualmente a afectar la competencia en otro mercado. Atendido que la irrupción de la telefonía IP hace más dinámica la competencia en el mercado de la telefonía, es necesario que no existan restricciones regulatorias o contractuales establecidas con el objeto de impedir la libre competencia, sea que las mismas tengan origen en el propio

---

<sup>55</sup> O en el mismo, según sea el caso. En efecto, es perfectamente posible abusar de la posición dominante para impedir la libre competencia en el mercado en que la misma se posee, a efectos de resguardarla.

mercado de la telefonía o en otro, como es el de acceso a banda ancha.

En conclusión, en este punto el análisis del Tribunal nos parece bien enfocado.

### **3.3.6 Existencia de un eventual abuso**

A contar del considerando quincuagésimo, el Tribunal parece desarrollar el análisis relativo a la existencia de un abuso tras la imposición de las cláusulas contractuales tantas veces referidas. En esta materia, siguiendo la línea trazada al fijar los puntos de prueba, indica el Tribunal que el análisis se centra en determinar las razones técnicas o económicas que justifican la imposición de determinadas cláusulas contractuales. En su momento, la carga de la prueba al respecto pareció radicarse en el investigado no obstante lo cual, el Tribunal concluye que la justificación de la forma contractual no sería otra que la de “impedir que sus clientes abandonen la telefonía tradicional y migren (...)” hacia la telefonía IP. En otros términos, no se sancionaría por no haber demostrado la razonabilidad de una cláusula contractual sino por el hecho de que el Tribunal, estudiados los antecedentes del caso, se ha formado la opinión de que la razón de la misma ha sido, precisamente, afectar la libre competencia.

A efectos de arribar a esta conclusión y bajo una poco afortunada expresión de “*a juicio de este Tribunal*”, se analiza principalmente la prueba rendida por CTC, rechazando las conclusiones propuestas por dicha empresa.

En esta línea, vale la pena rescatar los siguientes análisis:

a) Los considerandos quadragésimo segundo y siguientes, se hacen cargo de la afirmación de CTC en cuanto a que validar la irrupción parasitaria de Voissnet forzaría a una revisión de las tarifas telefónicas, atendido que las mismas se calculan sobre una determinada demanda estimada. Así, en opinión de CTC, el objeto del modelo tarifario sería proteger inversiones. El Tribunal rechaza esta alegación sobre la base que los costos fijos se pagan con los cargos fijos y, por su parte, los costos variables se pagan contra tráfico. Asimismo, al ser las tarifas precios máximos, claramente tienen por objeto evitar el abuso a los consumidores y no proteger inversiones. Este punto y más allá de las críticas posibles al modelo tarifario, en

principio, carece de relevancia para efectos de determinar si existe una afectación a la libre competencia. Sí puede ser relevante para efectos de determinar la posición subjetiva del actor –es decir, el objeto buscado con el actuar– y, adicionalmente, hacer el distingo entre el uso y el abuso de una posición dominante. En el considerando quincuagésimo, el Tribunal simplemente señala que conductas como la imposición de las cláusulas impugnadas, aún para efectos de resguardar inversiones, son anticompetitivas en su base pues detrás del modelo económico imperante existe, naturalmente, el riesgo de la obsolescencia. Por ello, en el considerando sexagésimo anuncia la aplicación de una multa;

b) En los considerandos sexagésimo primero y siguientes, el Tribunal analiza el tema de las restricciones de hecho para impedir la prestación de servicios de telefonía IP. Cita el Tribunal el precedente de la Resolución N° 215 de la H. Comisión Resolutiva de 4 de marzo de 1986, en cuanto a que establecer restricciones arbitrarias al usuario –más allá de estándares técnicos y sin fundamentos plausibles– solo tendría por objeto impedir o restringir la competencia. Desecha las alegaciones de CTC en cuanto a que con dichas restricciones se busca evitar que se afecte el servicio de acceso a internet, sobre la base que el tráfico IP no genera efectos diferentes que el de las aplicaciones de internet en general.

En este mismo orden de ideas, aplicando correctamente el principio de la carga de la prueba y aún asumiendo que el hecho denunciado es factible de darse, el Tribunal rechaza la alegación de Voissnet en cuanto a sancionar el que se habrían bloqueado ciertas direcciones IP. En efecto, pese a ser posible dicho hecho no se acreditó fehacientemente por la demandante.

También, por no evacuarse adecuadamente la carga de la prueba, se rechaza la alegación relativa a que se realizarían ventas bajo costo a determinados usuarios, en base a subsidios cruzados.

c) Al analizar en los considerandos sexagésimo tercero y siguientes la situación de los mayores cobros a clientes multiusuarios que aquellos monousuarios, en los contratos de acceso a banda ancha, el Tribunal aplica clara y contundentemente el principio del bien jurídico. En efecto, por una parte asume que es factible que las empresas utilicen mecanismos simplificados de determinación de sus precios –sobre bases razonables–, reforzando el principio de la libertad de empresa y apostando a que será el mercado el que finalmente ajustará los mismos. Lo que sí es interesante, es la afir-

mación de que de todas formas no se acreditó que la “*distinción entre clientes monousuarios y multiusuarios haya tenido por objeto y efecto restringir la libre competencia*”. Esta afirmación da cuenta de que, aún existiendo cierto poder de mercado que permite a una empresa fijar un precio sin mayores consideraciones competitivas y en base a generalizaciones, si tal acción no busca afectar el bien jurídico libre competencia, no es sancionable.

En lo relativo a la demanda reconventional interpuesta por Voissnet, el Tribunal rechaza los cargos principalmente sobre la base del principio de la tipicidad, toda vez que como consta en el considerando septuagésimo, las conductas relativas a usar infraestructura de terceros, no cumplir la regulación sectorial y prestar servicios a precios no replicables, no son subsumibles tras los tipos del artículo 3° del DL N° 211. Pese a lo correcto de la resolución, de todas formas debió excluirse la posibilidad de precios predatorios.

#### IV. CONCLUSIONES

El Tribunal de la Libre Competencia acogió parcialmente la demanda de Voissnet S.A.–empresa prestadora de servicios de telefonía a través de internet– y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. La misma sentencia rechazó la demanda reconventional de CTC en contra de Voissnet S.A.

Desde una mirada económica, la sentencia del TDLC nos parece apropiada y bien fundamentada. No obstante, debemos reconocer que las distorsiones presentes en la forma de tarificar la telefonía local o fija es un punto pendiente que el TDLC debiera haber reconocido en la sentencia y haber recomendado su corrección; al menos esta distorsión debe, arreglarse para la próxima fijación tarifaria. Ello, con el fin no solo de no generar un problema de financiamiento para la empresa de telefonía local, sino también como una forma de transparentar los costos de otorgar dicho servicio.

En efecto, lo óptimo es que los costos fijos se cobren vía cargos fijos y los costos variables se cobren vía cargos o tarifas variables. No obstante, es importante preguntarse antes del próximo proceso de fijación tarifaria si no es momento para desregular completamente las tarifas del servicio de telefonía local o fija. En efecto, dado que ha crecido el número de teléfonos celulares y su uso es cada vez mayor, y dado que aparecen otras opciones de telefonía, como la



telefonía IP, gracias al avance tecnológico, puede ser que ya no se justifique la fijación de la tarifa de este servicio. ¿Sigue teniendo características de monopolio natural, sin sustitutos? Esta es una pregunta relevante de analizar. Si los nuevos servicios son lo suficientemente sustitutos de la telefonía local o fija, puede que no se justifique la fijación de una tarifa variable como el SLM y que sea necesario solo el cobro de una tarifa fija regulada o no regulada. Cabe señalar que tal como se ha desarrollado la voz sobre banda ancha hasta el momento, ella no es posible sin la red telefónica<sup>56</sup>. En consecuencia, debe ajustarse la tarificación de tal manera que la red telefónica fija siga siendo remunerada a costos eficientes, mediante una estructura tarifaria que pague todos sus costos y que no variabilice los costos fijos. Distinto es el caso, si la banda ancha y los servicios que se proveen en ella se pueden otorgar en forma totalmente independiente de la red telefónica fija, a costos competitivos. En este escenario, podría ser preferible incluso la sustitución completa de la red telefónica fija, por VoIP. Estos son, a nuestro juicio, los temas pendientes en el mediano plazo.

Por otra parte, desde una mirada jurídica, el fallo da cuenta de una situación caso de laboratorio pese a lo cual, en términos generales, hace una correcta aplicación de los principios constitucionales referidos en la primera parte de este comentario. Así, por ejemplo, se rechazan los cargos no acreditados o los que, pese a dar cuenta de una situación no competitiva, no afectan ni pueden afectar el bien jurídico tutelado.

Por su parte, en cuanto a la entidad de la multa, se analizan los efectos de las actividades sancionadas y la finalidad perseguida con ellas, incorporando elementos subjetivos acreditarlos al análisis.

En cuanto a las consideraciones generales del fallo, el mismo es interesante, pues asume la regulación económica como un expediente excepcional que no debe privilegiarse en aquellos mercados dinámicos, donde existe competencia e innovación, como es en el caso de la telefonía IP. Aún más, al resolver sobre la posible dictación de instrucciones generales –misma que rechaza– el tribunal afirma el principio de la libertad empresarial como la regla general y lo potencia. Así, señala adecuadamente que es la normativa de

---

<sup>56</sup> Para la terminación de llamadas realizadas mediante VoIP y para el acceso de los clientes a internet.

rango legal –no reglamentaria– la llamada por excepción a regular las bases de un ordenamiento empresarial.

En definitiva, más allá de que deberá determinarse la procedencia de aplicar la multa, el fallo en cuestión acertadamente reserva el expediente regulatorio y prescinde del mismo, sobre la base que de eventuales abusos cometidos por personas individualizadas no puede seguirse, como una necesidad ineludible, la de regular.

Desde otro punto de vista, el fallo en cuestión da cuenta de la primacía de los principios del orden público económico sobre la autonomía de la voluntad y procede a determinar una sanción de las conductas que estima atentatorias contra la libre competencia sin exculpar las mismas sobre la base de consideraciones patrimoniales o tarifarias que habrían constituido la motivación del sujeto activo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINI, C. y SAAVEDRA E. (2005): “Competencia en Telefonía Fija e IP sobre Banda Ancha: Un Marco Conceptual” (Diciembre) (Ministerio de Economía)
- VALDÉS, Salvador (1996): Apunte “Políticas de Precio con Costos Relacionados” (Agosto)
- BAYE, M.R. (2006): *Economía de Empresa* (McGraw Hill)
- BERMÚDEZ S. Jorge (1998): “Elementos para Definir las Sanciones Administrativas”, *Revista Chilena de Derecho*, (número especial) MARIENHOFF, Miguel S. (1997): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot)
- BESANKO, DRANOVE Y SHANKEY (1996): “*Economics of Strategy*” (John Wiley & Sons, Inc.)
- BLACKSTONE, E. (1975): “Restrictive practices in the marketing of Electrofax copying machines: The SCM Corporation Case”, *Journal of Industrial Economics* (Marzo 1975)
- DEMSETZ, H. (1989): *Efficiency Competition and Policy* (Blackwell).
- FELIU, Olga (2003): *Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ambito Administrativo, e-campos* (UNIACC)
- GALETOVIC, A. y SANHUEZA, R. (2006): “La economía básica de las Telecomunicaciones”, *Documento de Trabajo* N° 8, (Centro de Economía de la Empresa, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de los Andes).
- GALETOVIC A. y SANHUEZA R. (2006) “Una Evaluación Social de la Introducción de la Telefonía IP sobre Banda Ancha” 103 *Estudios Públicos*, (Invierno) (Centro de Estudios Públicos)

- STIGLER, George J. (1968): *The Organization of Industry* (Homewood, I11.: Richard D. Irwin)
- OI, W. (1971): "A Disneyland Dilemma: two part tariffs for a Mickey Mouse monopoly", 1 *Quarterly Journal of Economics* (Febrero)
- PASHIGIAN, P. (1995) *Teoría de los Precios y Aplicaciones* (McGraw Hill)
- PEÑA, M. y VIEYRA, J. (2005): *Modelación y Estimación del Impacto Económico de la Telefonía sobre Banda Ancha (TsBA) en Telefónica CTC y la Industria*
- SOTO KLOSS, Eduardo (1979-1980): "El Derecho Administrativo Penal" Boletín de Investigaciones N° 44 y 45 (Pontificia Universidad Católica de Chile)
- STIGLER, G. (1968): *The Organization of Industry* (The University of Chicago Press)
- TARZIJÁN, Jorge y PAREDES, Ricardo (2006, 2° Ed.): ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL PARA LA ESTRATEGIA EMPRESARIAL (México, Pearson Educación).
- VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago Editorial Jurídica de Chile).