

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 45/2006

Santiago, veintiséis de octubre de dos mil seis.

VISTOS:

1. A fojas 21, con fecha 10 de enero de 2005, Voissnet S.A., en adelante Voissnet, empresa prestadora de servicios a través de Internet, interpuso demanda en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., en adelante Telefónica CTC o CTC, por incurrir esta última en una serie de conductas que la demandante considera anticompetitivas, y por la necesidad de defender adecuadamente el derecho de los usuarios de Internet banda ancha a utilizar libremente las distintas aplicaciones, prestaciones y posibilidades que dicha red otorga, sin que se les pongan barreras para aprovechar las ventajas de este mercado. La demandante busca además que se fomente la competencia entre los distintos proveedores de servicio de acceso (ISP); y, en especial, permitir la libre penetración de servicios de telecomunicaciones a través de Internet, mediante la utilización de las diversas aplicaciones (ASP) de Internet, como lo es la telefonía IP, con el fin de generar condiciones óptimas de mercado que permitan el desarrollo continuo y permanente de esta industria.

1.1. Los atentados a la libre competencia que esta empresa imputa a CTC consisten, en términos generales, en el aprovechamiento de una posición dominante de mercado en la propiedad de redes de telecomunicaciones y banda ancha para controlar el acceso y el uso de Internet. Lo anterior, por la vía de manejar, restringir y controlar a los usuarios de banda ancha, imponiéndoles obstáculos y barreras a la utilización del ancho de banda y acceso a Internet, para impedir la utilización de aplicaciones que la demandada percibe como “amenaza” de otros negocios que posee. Específicamente, ha impuesto barreras a las aplicaciones de telecomunicaciones por Internet, como la telefonía IP, para proteger su negocio de telefonía pública y de larga distancia, lo que impide al usuario acceder a ciertas aplicaciones y posibilidades

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tecnológicas que la banda ancha y la Internet posibilitan. También pretende la demandada impedir –de paso– la competencia de nuevos actores que, a través de estas novedosas tecnologías, pueden prestar aplicaciones distintas, pero sustitutivas de la telefonía.

1.2. En particular, las conductas que la demandante imputa a CTC en su acción son las siguientes:

a. Celebración de contratos entre Telefónica CTC Chile con diferentes ISP (Acceso MEGAVÍA) en los que se prohíbe a éstos dar el servicio de voz sobre IP, se limitan las velocidades de acceso a valores inferiores a las posibilidades de la tecnología ADSL, y se segregan artificialmente el mercado de acceso a Internet entre clientes monousuario (un PC) y clientes multiusuarios (más de un PC);

b. Celebración de contratos indirectos entre CTC, los ISP y el cliente final, en los que se impide a éste instalar equipos detrás del módem de CTC sin su expresa autorización, además de prohibirse la posibilidad de compartir el acceso con terceros. También se impide rutear los paquetes de datos al interior de la red del cliente sin autorización de CTC;

c. Bloqueo de las direcciones IP de los servidores de Voissnet a los clientes conectados a Internet de banda ancha por Telefónica CTC o por alguna de sus filiales;

d. Empaquetamiento de los distintos servicios que CTC presta a sus clientes, principalmente a grandes corporaciones, en el sentido de subsidiar los servicios no regulados para obtener la celebración de un contrato por el tráfico en los servicios regulados y compensar así el subsidio. Telefónica CTC Chile ofrecería, según la demandante, convenios de telefonía fija (regulada expresamente por Subtel mediante la dictación de decretos tarifarios, en conjunto con otros servicios –regulados o no– por un precio fijo mensual a todo evento e independiente de las tarifas variables que establece la normativa de telecomunicaciones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

e. Entrega de la conexión de banda ancha a través de módems previamente configurados para impedir el tráfico de voz sobre IP a sus clientes. Sin la apertura de dichos puertos, se hace técnicamente imposible prestar el servicio de voz sobre IP a los usuarios de banda ancha con este tipo de instalaciones;

f. Instalación de equipos módem con puerta única del tipo USB, cuya tecnología y configuración también imposibilitan técnicamente las aplicaciones de voz sobre Internet y, en general, el uso de otros dispositivos IP susceptibles de conectarse a la Internet, distintos a un computador con ese tipo particular de puerta. Lo común y estándar, según la demandante, es instalar módems con puerta *ethernet*, protocolo de red ampliamente difundido y aceptado universalmente como interfase para este tipo de conexiones; y,

g. Subsidios desde los servicios no regulados hacia los regulados a favor de grandes empresas, con quienes CTC ha celebrado contratos de suministro telefónico, además de otros servicios anexos, y a los que, una vez efectuada la facturación respectiva, les emite notas de crédito con el fin de rebajar los precios estipulados en los mencionados contratos. CTC habría llegado a cobrar a algunas de estas grandes empresas valores insostenibles desde un punto de vista económico, aun cuando dichos valores se justifiquen como descuento por volumen. Según la demandante, en la prestación de estos múltiples servicios se produce el antedicho subsidio, ya que el cliente ve sólo un cargo fijo que contiene una “mezcla” de dichos servicios. En consecuencia, mientras en este tipo de contratos se señala una cosa, en la práctica y desde el punto de vista operativo sucede otra, lo que tiene como fin efectuar una rebaja en el precio real del conjunto de servicios, constituyéndose claramente un atentado en contra de la libre competencia. En este sentido, estos contratos de suministro celebrados entre CTC y las grandes empresas quedan “blindados” ante eventuales peticiones de terceros que exijan un trato similar y no discriminatorio.

1.3. En opinión de la demandante, lo anterior demuestra que, en la actualidad, existe un grave problema al que está enfrentado la industria, el que consiste en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

definir dónde termina el servicio del ISP y dónde comienza la libertad de elección del usuario.

Las acciones descritas de CTC, en concepto de la demandante, perturban y hasta impiden el ejercicio legítimo de los derechos de todos quienes intervienen en el negocio de Internet, ya sea como prestadores de servicio de acceso a la misma o como prestadores de servicios de contenidos o de aplicaciones sobre Internet, como es el caso de Voissnet, que provee algunas aplicaciones de telefonía IP. Estas situaciones violentan fuertemente el principio basal de libertad en la Red y contrarían la libertad económica imperante en nuestro ordenamiento jurídico, pues generan barreras de entrada al negocio de las telecomunicaciones y, como consecuencia de ello, se puede llegar a una fuerte competencia desleal.

Dichas conductas, según Voissnet, atentan gravemente contra lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, toda vez que se impide a todos quienes participan de esta industria el legítimo derecho a desarrollar una actividad económica absolutamente lícita y, más que eso, se está frenando una posibilidad de desarrollo tecnológico.

1.4. En virtud de lo expuesto, la demandante solicita a este Tribunal: a. sancionar a Telefónica CTC Chile por las conductas atentatorias a la libre competencia que realiza directamente o a través de sus empresas relacionadas; b. modificar los actos y contratos celebrados entre CTC y los ISP y entre CTC y las grandes empresas y corporaciones; c. aplicar las multas que el H. Tribunal decida; d. dictar instrucciones de carácter general; y, e. proponer al Presidente de la República la dictación de preceptos legales o reglamentarios relativos a los derechos de los usuarios de Internet.

1.5. Los principales medios de prueba aportados por Voissnet en abono de sus alegaciones son los siguientes:

1.5.1. Fotocopia de borradores de los contratos-tipo que CTC celebra con los distintos proveedores de acceso a Internet (ISP), en los que constan algunas de las infracciones denunciadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5.2. Voissnet acompañó, con fecha 26 de diciembre de 2005, a fojas 829, un informe en derecho elaborado por el Sr. Domingo Valdés Prieto, y con fecha 27 de diciembre de 2005, a fojas 880, un informe económico preparado por el Sr. Nazre El Hureimi. También acompañó un informe técnico económico de don José M. Piquer a fojas 3022.

1.5.3. Como prueba testimonial de la demandante, constan las declaraciones de los señores Max Weinstein Crenovich a fojas 425 y 477 (20 y 21 de diciembre de 2005), Nicolás Beltrán Maturana a fojas 483 (21 de diciembre del mismo año), Ricardo Segal Kirberg, a fojas 509 (22 de diciembre del mismo año), Nicolás Ovando Green a fojas 595 (27 de diciembre del mismo año), Ricardo Gutiérrez Gática a fojas 1812 (29 de diciembre del mismo año), Ricardo Ramos Robles a fojas 1828 (3 de enero de 2006), Patricio Poblete Olivares a fojas 1849 (4 de enero de 2006), y Nazre El Hureimi Facuse, a fojas 1875 (10 de enero de 2006);

2. A fojas 56, y con fecha 14 de marzo de 2005, Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. evacuó el traslado conferido respecto de la demanda presentada por la empresa Voissnet, en los siguientes términos:

2.1. En opinión de CTC, en el mercado de banda ancha para acceso a Internet no existen barreras de entrada para el ingreso de nuevos operadores, por cuanto:

a. De conformidad al artículo 8° de la Ley General de Telecomunicaciones, el servicio de banda ancha para acceso a Internet a través de ADSL, al conectar precisamente equipos a la red pública telefónica, que no alteran la características técnicas esenciales de la red, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas, es un servicio complementario, que puede ser prestado por cualquier persona, incluso natural, sin concesión o permiso, y que esté dispuesta a efectuar las inversiones en los equipos ADSL para llegar al cliente final;

b. La propia actual regulación ha previsto, para los operadores como CTC, la prestación de los servicios de desagregación de redes expresamente calificados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la Resolución N° 686 de la H. Comisión Resolutiva, y tarificados, para CTC, en el reciente Decreto Supremo N° 169. Entre dichos servicios se incluyen los denominados "servicios de par de cobre" y "servicio de facilidades para la prestación de otros servicios en línea", conforme a los cuales se permite que terceros, proveedores de servicios complementarios, monten sobre líneas vacantes (servicio de par de cobre) o incluso sobre líneas en uso (servicio de facilidades) servicios adicionales al público telefónico, entre los cuales, naturalmente, se incluye el servicio complementario de banda ancha para acceso a Internet;

c. No existe tampoco una barrera de entrada económica al mercado relevante de la banda ancha, desde el momento que la inversión necesaria para habilitar el servicio a un cliente, incluso de CTC, alcanza sólo a una suma entre US\$ 200 y US\$ 300 por cliente, más el costo mensual de \$4.495 o de \$2.236, por el servicio de desagregación de par de cobre, o de facilidades, respectivamente;

d. Incluso, aquellos terceros que no estén dispuestos a efectuar inversión alguna en equipos ADSL, o que no dispongan de los recursos marginales para tales efectos, tienen la posibilidad de contratar, ya sea con CTC o con Metrópolis Intercom-VTR, los productos a mayoristas que ambas compañías ofrecen a todos los ISP, en ofertas abiertas y no discriminatorias, de acuerdo a los precios competitivos que existen en el mercado de banda ancha para acceso a Internet.

2.2. CTC expone, además, que diversos operadores que actualmente prestan el servicio, han invertido fuertemente en el sector, propiciando el desarrollo y avance del mismo en cuanto a cobertura, calidad y tecnología se refiere. Dentro de los operadores se encuentran CTC, VTR, Manquehue Net, Telefónica del Sur y otras.

2.3. Para CTC, el acceso a Internet a través de banda ancha, además de ser un mercado en el cual actualmente compiten varias tecnologías, es desafiante por las nuevas tecnologías de acceso que en el corto plazo estarán disponibles en el mercado. Actualmente, las conexiones de banda ancha a Internet más comunes se realizan a través de la tecnología ADSL y módem-cable, ocupando lugares secundarios las conexiones del tipo Wireless Local Loop (WLL) y aquellas a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

través de redes de datos. Sin embargo, en la actualidad, existen en desarrollo nuevas tecnologías para el suministro de banda ancha para acceso a Internet, algunas de las cuales ya han salido al mercado y otras lo harán próximamente. Entre las tecnologías que se masificarán próximamente se encuentran: i) *Fiber to home*, ii) WiFi (*Wireless Fidelity*), iii) WiMax, iv) PLC (*Power Line Communications*), y v) Acceso Móvil.

2.4. Sostiene la demandada que tanto "Megavía" como "Speedy" son prestaciones que CTC ofrece voluntariamente a todos los ISP, a fin de proveer a los clientes finales únicamente el servicio de "acceso Internet". Dichos servicios se ofrecen en igualdad de condiciones, sin discriminar, mediante una Oferta de Facilidades vigente a partir del año 2000 en adelante, abierta a todos los ISP, lo que les permite operar en el negocio de la banda ancha sin efectuar mayores inversiones en equipos, ni asumir riesgos de obsolescencia tecnológica, ni de índole financiero. En definitiva, la conectividad de banda ancha que CTC suministra a los ISP en condiciones igualitarias, les ha permitido a éstos proveer un servicio de acceso a Internet en las mejores condiciones técnicas, contribuyendo de manera significativa al desarrollo de la banda ancha y de Internet en Chile.

2.5. A continuación, CTC expone que se debe tener presente que el concepto de "Telefonía IP" no es sinónimo del servicio de telefonía sobre banda ancha prestado por la denunciante, sino que es un concepto general que engloba la prestación de telefonía mediante la utilización del protocolo IP, ya sea sobre redes propias, en las que es posible gestionar la calidad, o sobre redes públicas, como Internet, en las que la calidad es "*best effort*".

2.6. La demandada agrega que jamás se ha opuesto a la Telefonía IP, en el entendido de que se utilice el protocolo IP como una tecnología distinta para prestar telefonía, cumpliéndose naturalmente con las mismas regulaciones que rigen para el resto de los operadores, como de hecho así ocurre desde el año 2002 con la empresa Chilesat Servicios Empresariales (hoy Telmex), y con la empresa Fullcom, ambas poseedoras de concesiones de Telefonía IP, tal como lo hacen todas las empresas de telecomunicaciones en los servicios que proveen al segmento de grandes empresas y corporaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.7. Sostiene también CTC 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, que en este caso es la red telefónica, la conexión de banda ancha y la conexión a Internet, a la cual se agregan equipos marginales que permiten realizar la citada prestación.

Los elementos que utilizan deslealmente las empresas parasitarias como Voissnet son:

- a. La infraestructura de la red pública telefónica: por una parte, se usufructúa del par de cobre con que se presta servicio telefónico al suscriptor (sobre el cual se monta el ADSL) y, por la otra parte, se aprovecha el resto de la red telefónica, a través de una interconexión, para terminar la llamada en otro teléfono de la red pública telefónica;
- b. Infraestructura de ADSL: se aprovecha el ADSL y los elementos necesarios para la conexión al ISP, consistentes en el módem ADSL, Splitter, DSLAM y redes de datos; y,
- c. Conexión a Internet: se aprovecha el equipamiento del ISP y la conexión a Internet que provee este último.

2.8. CTC argumenta, desde un punto de vista jurídico, que la prestación de telefonía que se realiza a través de una conexión de banda ancha (como la que provee Voissnet) no constituye un servicio de telecomunicaciones distinto al servicio público telefónico local que CTC presta a través de las redes tradicionales de su propiedad. Así, las 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, y a que han implementado una estrategia de focalización, dedicándose exclusivamente a descremar el mercado, esto es, a quitar a aquellas empresas que sí han efectivamente invertido en el sector, sus clientes más atractivos desde un punto de vista económico.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, CTC indica que la prestación de servicios de telefonía sobre banda ancha en tales condiciones constituye una flagrante vulneración a la estricta normativa que rige el servicio telefónico.

2.9. Desde hace cinco años, CTC ha mantenido vigente una oferta de servicios de desagregación de red, distinta de la de los servicios ADSL, que incluye el servicio par de cobre, que permite que cualquier empresa invierta en sus propios equipos de ADSL para prestar servicios a sus clientes. De recurrir a tal opción, dicha empresa, que perfectamente podría ser Voissnet, sería la operadora del ADSL, y podría prestar el servicio de acceso a Internet en banda ancha ofreciendo incluso telefonía IP sobre la misma.

2.10. Añade CTC que, en su calidad de concesionaria de servicio público telefónico local, y para ofrecer a quienes se lo requieran dentro de su zona de servicio las prestaciones básicas a que se refieren los artículos 24 B de la Ley General de Telecomunicaciones y 23 del Reglamento del Servicio Público Telefónico, CTC ha debido efectuar cuantiosas inversiones en tecnología, infraestructura y redes. Dichas redes e infraestructura, con las cuales ejerce su actividad económica en los términos previstos en su título concesional, son de su exclusivo dominio y propiedad, tal como se le garantiza expresamente en el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Según la referida norma constitucional, CTC tiene la facultad exclusiva de usar, gozar y disponer libremente de las referidas redes e infraestructura, salvo que, de manera excepcional, la ley imponga limitaciones al ejercicio de este derecho en consideración a la "función social". Permitir a terceras empresas o personas prestar servicios de telefonía a través de la banda ancha de propiedad de la demandada, afectando el servicio básico que CTC presta con sus redes, configura una afectación al derecho que la Constitución le asegura de desarrollar libremente su actividad económica, sin sujetarse a más regulaciones que las establecidas en la ley.

2.11. Sostiene CTC que no ha incurrido en ninguna actividad anticompetitiva, y refuta de la siguiente forma los cargos específicos que la demandada le imputa:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.11.1. Acerca de la prohibición de dar servicio de voz sobre IP, sostiene que el servicio Megavía que los ISP, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, contratan a CTC, y en el marco de las condiciones igualitarias de la oferta disponible para todos los ISP respecto de dicho servicio, tiene por finalidad específica y exclusiva proveer servicio de "conectividad de banda ancha sólo para el servicio de acceso a Internet".

2.11.2. Respecto de la acusación de limitar la velocidad del acceso a valores "inferiores de las posibilidades de la tecnología ADSL", indica que la velocidad es una condición propia del servicio de acceso de banda ancha a Internet, y que la decisión de contratar una u otra velocidad es privativa del cliente que contrata el servicio, la que en ningún caso es impuesta por CTC.

2.11.3. Acerca de la supuesta infracción de CTC por la segregación entre clientes monousuarios y multiusuarios, la demandada se defendió 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 modalidad "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.

2.11.4. Respecto de la celebración de contratos indirectos entre CTC, el ISP y el cliente final, que impiden instalar equipos detrás del módem, compartir el acceso con terceros y rutear paquetes al interior de la red, CTC expresó que el servicio ADSL de telefónica CTC es exclusivamente para acceso a Internet con el objeto de otorgar esa sola prestación, por lo que resulta necesario dejar configurado el módem ADSL y el PC del cliente. A este respecto, el equipamiento que interviene es el módem ADSL que instala telefónica CTC, y uno o más PC que el cliente utiliza para acceder a Internet. Cualquier otra intervención y/o aditamento de equipos no se requiere para el servicio que presta CTC con el acceso ADSL. Ahora bien, la intervención del módem ADSL y el aditamento de equipos, por parte de terceros, afecta el servicio de acceso a Internet que presta CTC en conjunto con el ISP. En particular, la nueva prestación ocuparía parte del ancho de banda asignado al cliente para la navegación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por Internet, y la nueva configuración del ADSL podría también afectar o entorpecer la navegación por Internet. Por lo mismo, también está prohibido compartir el acceso con terceros, lo cual resulta obvio en el sentido que el ancho de banda que provee CTC es para uso exclusivo del servicio de acceso a Internet de ese cliente, con el ISP respectivo, y no para compartirlo con terceros.

2.11.5. Respecto del supuesto bloqueo de direcciones IP de los servidores de Voissnet a los clientes, la demandada argumentó que el servicio ADSL que provee CTC es para "acceso a Internet" y, por tal motivo, no se bloquean las direcciones IP válidas.

2.11.6. En cuanto a la imputación de empaquetar servicios a las grandes corporaciones, en el sentido de subsidiar servicios no regulados para obtener un contrato de los servicios regulados y compensar así el subsidio, CTC señaló que la propia Comisión Resolutiva, en sus Resoluciones números 611 y 709, reconoció que el segmento de grandes corporaciones, caracterizados por su alto consumo de llamadas locales, presentaba mayor grado de competencia, autorizándose a la compañía para ofrecer a los clientes que tengan un tráfico mensual superior a los 12.000 minutos, "Planes de Alto Consumo", alternativos a las tarifas reguladas; todo ello de conformidad al Decreto N° 742 que la propia Subtel dictó para tales efectos, y a la Resolución Exenta N° 1.571, de 2004, de la misma cartera.

2.11.7. En lo tocante al cargo de realizar conexiones de banda ancha con módems configurados para impedir el tráfico de voz IP (puertos bloqueados), CTC expuso que los puertos son direcciones lógicas que utilizan las distintas aplicaciones de Internet para operar, tales como http, ftp, video, voz, etc.,. El bloqueo de determinados puertos significa que el tipo de aplicación correspondiente no opera. A diferencia de las direcciones IP, el bloqueo de puertos es utilizado en Internet como un instrumento de seguridad, ya que con el bloqueo de determinados puertos se evita el acceso indeseado a ciertas aplicaciones. El bloqueo de puertos puede ser realizado en cualquier punto de la red y es normalmente utilizado, entre otros, por los "*firewall*", a objeto de prevenir intrusiones no deseadas, tales como los ataques de *hackers*. En particular, el servicio ADSL que provee CTC es para "acceso a Internet", según

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

claramente lo establecen los contratos privados suscritos entre las partes, y, por tal motivo, no se bloquean los puertos de las aplicaciones propias de Internet

2.11.8. Respecto de la acusación de Instalar módems con puerta única USB, cuya tecnología imposibilita las aplicaciones de voz sobre Internet CTC, esta última compañía precisa que la tecnología actual provee únicamente dos tipos de módems ADSL: módems con conexión USB y módems duales que tienen conexión USB y conexión Ethernet. Agrega que el servicio ADSL que provee es únicamente para "acceso a Internet", razón por la cual instala normalmente módems con conexión USB, no obstante que se ofrece también la opción de tipo dual. La alternativa USB (la que se utiliza en más del 60% de los casos) es más común, debido a que cumple con todas las características necesarias y suficientes para una navegación en Internet y es más barato.

2.11.9. Por último, en relación con los presuntos subsidios desde los servicios no regulados hacia los regulados a favor de grandes empresas, con las cuales CTC ha "celebrado contratos de suministro telefónico, además de otros servicios anexos", CTC arguye que la falsedad de la imputación señalada queda de manifiesto si se considera que en este segmento del mercado telefónico existe un elevado grado de competencia en el servicio básico telefónico, lo que es fácil de verificar acudiendo a las nóminas de grandes empresas y corporaciones clientes de compañías telefónicas distintas de CTC. Ello es así en virtud del fenómeno denominado "descreme", una de las más graves distorsiones generadas por el régimen tarifario aplicado en el país al servicio telefónico, en cuya virtud las compañías que no han sido objeto de regulación tarifaria, han aprovechado su libertad para concentrar su accionar en los clientes de alto consumo, circunscribiendo incluso geográficamente su oferta con el fin de orientarla específica y determinadamente a dichos clientes. De igual manera, y con mayor razón, existe competencia para prestar a dichos usuarios los servicios complementarios de acceso a Internet a través de la red telefónica de CTC. De hecho, el servicio Megavía no es otra cosa que una oferta que la compañía mantiene a los ISP, sin distinción ni discriminación alguna, para que presten servicios de acceso a Internet con el soporte de banda ancha ADSL de CTC. Desde el punto de vista del servicio telefónico, CTC ejerce su derecho a ofrecer a estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

clientes soluciones amparadas en "Planes de Alto Consumo", alternativos a las tarifas reguladas, de conformidad al Decreto N° 742 que la propia Subtel dictó para tales efectos, y a la Resolución Exenta N° 1.571, de 2004, de la misma cartera. Ello basta por sí solo para rechazar la afirmación genérica de que efectuar una rebaja en el precio real del conjunto de servicios constituye claramente un atentado en contra de la libre competencia;

2.12. Seguidamente, la demandada expone su opinión sobre la telefonía sobre banda ancha, expresando que ésta tiene una serie de efectos negativos sobre la economía en general, y sobre las empresas en particular, a saber:

2.12.1. La telefonía sobre banda ancha no propicia el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en el país, pues usufructúa de la infraestructura de redes ya existente y desarrollada por otras compañías de telecomunicaciones;

2.12.2. No promueve el aumento de la cobertura y penetración del servicio telefónico;

2.12.3. La telefonía sobre banda ancha sólo cubre a un sector de la población;

2.12.4. La telefonía sobre banda ancha es regresiva, debido a que, en general, los clientes que tienen conexión de banda ancha a Internet son, a su vez, clientes de alto tráfico telefónico;

2.12.5. La telefonía sobre banda ancha tiene un mayor costo social, ya que sólo reemplaza parcialmente la actual infraestructura utilizada para proveer el servicio de telefonía tradicional, y sigue utilizando la parte más importante en términos de costo de redes, que corresponde a la red de pares de cobre;

2.12.6. Para CTC, los efectos económicos que provoca en la industria la telefonía sobre banda ancha son los siguientes:

a. No aumenta la cobertura del servicio telefónico, ni en clientes ni en tráfico, pues los clientes que acceden a este servicio ya son clientes del servicio telefónico y tienen acceso a Internet en banda ancha;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b. Los clientes de la telefonía sobre banda ancha son de alto tráfico y se encuentran ubicados geográficamente en sectores de mayores ingresos de las ciudades más importantes del país;

c. El servicio de telefonía sobre banda ancha se construye sobre la red telefónica y no en reemplazo de ésta, ya que para soportar el ADSL que se requiere, la red telefónica debe seguir aportando los pares de cobre y toda la infraestructura asociada;

d. Para cursar los mismos tráficos que se cursan actualmente, la industria en su conjunto percibirá menores ingresos y deberá acometer inversiones, es decir, mayores costos, para un resultado menor o igual que el actual;

e. Las tarifas de CTC deberían ser recalculadas para financiar la empresa eficiente, por la evidente disminución que se produciría en la demanda que se proyectó en el estudio tarifario, y que sirvió de base para el cálculo de las actuales tarifas;

f. Los clientes de mayor consumo de tráfico serían únicamente los beneficiados con una rebaja de precios, producto de contar con el servicio de telefonía sobre banda ancha, a costa del perjuicio de los clientes de menor consumo de tráfico, quienes no tienen la posibilidad de contar con banda ancha;

g. Desde el punto de vista de eficiencia social, la telefonía sobre banda ancha produce fundamentalmente "transferencias" desde los actuales operadores de telefonía, y no crea mayor valor para la sociedad, con el agravante que dichas transferencias serían financiadas por los clientes de menores recursos que permanecerán en las redes tradicionales.

2.13. En mérito de las consideraciones expuestas al contestar la demanda de Voissnet S.A., CTC solicitó a este Tribunal rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas;

3. CTC, en el primer otrosí de la misma presentación de fojas 56, interpuso una demanda reconvencional en contra de la empresa Voissnet, solicitando que, en ejercicio de sus facultades legales, este Tribunal corrija, prohíba y reprima los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que considera graves atentados a la libre competencia en que ha incurrido dicha empresa, los que a continuación se sintetizan:

3.1. Voissnet presta servicios de telefonía a sus usuarios sin contar con la autorización concesional que exige la ley, y con la que sí cuentan los demás operadores y empresas del mercado. Tan evidente es dicha actuación, que la propia Subsecretaría de Telecomunicaciones procedió a formular cargo en su contra por infracción al artículo 8° de la Ley General de Telecomunicaciones;

3.2. Voissnet presta servicios de telefonía a sus usuarios sin sujetarse a las estrictas regulaciones legales, reglamentarias y técnicas aplicables al rubro, a las que sí se encuentran sujetas las concesionarias de servicio público telefónico local;

3.3. Para prestar un mismo e idéntico servicio de telefonía que el que prestan a sus usuarios las empresas concesionarias de servicio público telefónico local, Voissnet se limita a efectuar inversiones de carácter meramente marginal, usufructuando y aprovechándose de la infraestructura existente de propiedad de las referidas empresas, sin su autorización, y sin ninguna retribución o pago por el uso que da a dicha infraestructura (red pública telefónica y equipos para la prestación del servicio de banda ancha a Internet);

3.4. Del modo antes indicado, Voissnet ha dirigido su actuación comercial únicamente a aplicar prácticas de "descrime" de los clientes de mayor tráfico de las empresas concesionarias de servicio público de telefonía local, y que cuentan con el servicio de banda ancha.

3.5. En síntesis, CTC sostiene en su demanda reconvencional que, al prestar servicio de telefonía sobre la base de la infraestructura de propiedad de terceras empresas, a las que no se retribuye mediante pago de ninguna especie; mediante una inversión en equipos mínima y de bajo costo; sin contar con autorización concesional que la habilite a ello; y sin cumplir con las exigencias legales y reglamentarias aplicables; Voissnet ha atentado gravemente en contra de la libre competencia, pretendiendo prestar a los usuarios un mismo e idéntico servicio que el que prestan las empresas concesionarias de telefonía

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

local, pero en condiciones ilegítimamente más favorables, lucrativas y beneficiosas.

3.6. En mérito de lo expuesto, CTC solicitó a este Tribunal:

a. Declarar que la empresa Voissnet S.A. ha incurrido en graves atentados a la libre competencia, al prestar en forma ilegítima un servicio de telefonía a precios que las concesionarias del servicio público telefónico jamás podrán replicar;

b. Prohibir a la empresa Voissnet S.A. seguir prestando sus servicios de telefonía en los términos en que los presta hasta el día de hoy, esto es, usufructuando ilegítimamente de las redes y equipos de banda ancha de propiedad de terceras empresas;

c. Condenar a Voissnet S.A. al máximo de las multas previstas en el D.L. N° 211; y,

d. Condenar en costas a Voissnet S.A.

3.7. Los principales medios de prueba aportados por CTC en abono de sus alegaciones son los siguientes:

3.7.1. Por Telefónica CTC absolvió posiciones el Sr. José Móles Valenzuela, como consta a fojas 2557, 2593 y 2543 (21, 22 y 24 de marzo de 2006). Como prueba testimonial de esta parte, constan las declaraciones de los señores Eduardo Saavedra Parra, a fojas 1860 y 1875 (5 y 10 de enero de 2006); Francisco Díaz Muñoz, a fojas 2700 (28 de abril de 2006); Iñaki Larraza Alberdi, a fojas 2712 bis 1, 2712 bis 11, y 2791 (2, 3 y 22 de mayo de 2006); Renato Agurto Colima, a fojas 2775 (18 de mayo de 2006); Robert Mase Cea, a fojas 2813 (29 de mayo de 2006); y Waldo Maldonado Catalán, a fojas 2632 y 2640 (6 y 10 de abril de 2006).

3.7.2. Acompañó también Telefónica CTC un informe en derecho del Sr. Felipe Bahamondez P., a fojas 283 (2 de septiembre de 2006); a fojas 1208 (26 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diciembre de 2005), las Bases, Estudio Tarifario, Observaciones, Informe de Comisión de Peritos y Decreto N° 169, de fijación tarifaria de esta empresa para el periodo 2004-2009; con fecha 27 de diciembre de 2005, acompañó informes técnico-económicos elaborados por los señores Vladimir Marianov, a fojas 1206; Claudio Agostini G. y Eduardo Saavedra P., a fojas 1211; Alejandro Galetovic y Ricardo Sanhueza, a fojas 1314; Manuel Peña Salazar y Julio Vieyra Serrano, a fojas 1343; Alejandro Jofré, a fojas 1525; y Reinaldo Vallejos Campos, a fojas 1605.

4. A fojas 153, y con fecha 8 de abril de 2005, Voissnet S.A. evacuó el traslado de la demanda reconvencional de CTC, oponiendo las defensas que a continuación se sintetizan:

4.1. Respecto de la prestación de servicios de telefonía por parte de Voissnet sin contar con la autorización concesional supuestamente exigida por la ley, esta compañía argumentó que, a su juicio, la telefonía sobre Internet y el servicio que al efecto presta Voissnet no encuadran dentro del concepto, cánones y categorías del servicio público telefónico y que, por tanto, no es posible exigirle que detente la calidad de concesionario si las concesiones respectivas se encuentran normadas para una actividad completamente diversa. De esta forma, según Voissnet, la telefonía Internet no puede estar sujeta a concesiones inexistentes ni a regulaciones que no se han dictado ni se aplican para ninguna persona que presta aplicaciones de Internet en Chile, y menos si lo hace desde el extranjero. Así las cosas, no queda sino concluir que el negocio de telefonía Internet que opera y explota Voissnet es un negocio no regulado, de libre desarrollo, como todas las demás aplicaciones de Internet, y que sería absolutamente discriminatorio pretender imponerle un estatuto completamente extraño –como lo es el de la telefonía pública- y, para qué decir, imponerle un estatuto inexistente o una regulación aún no dictada, ni menos para formular cargos o aplicar sanciones. Lo anterior, teniendo especialmente en consideración lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

4.2. En relación con el cargo de supuesto incumplimiento de la normativa que regla la telefonía local por parte de Voissnet, esta empresa expuso que las comunicaciones de voz sobre banda ancha son sólo una aplicación más que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puede desarrollar sobre esta tecnología, no siendo la única, aunque sí una de las más importantes. Ahora bien, el negocio de telefonía tradicional es un mercado completamente distinto al de las comunicaciones sobre Internet, teniendo la primera de ellas un estatuto claramente definido hace muchos años.

Añadió que quienes solicitan una concesión de telefonía pública adquieren, entre otros, el derecho a instalar planta externa en las ciudades y a interconectarse con las otras telefónicas pagándoles un cargo de acceso preferencial por terminar llamadas en las redes de esas telefónicas. Al mismo tiempo, las concesionarias tienen el derecho a cobrar cargos de acceso a las otras compañías de telefonía pública cuando éstas deben terminar llamadas en sus redes. En el caso de Voissnet ninguno de estos derechos ha sido ejercido ni solicitado, ni dicha compañía está considerado hacerlo para desarrollar el modelo de negocio de comunicaciones sobre banda ancha que ha diseñado, toda vez que todo lo que se relaciona con la telefonía pública es contratado con empresas debidamente concesionadas. En su opinión, mal se le puede exigir a Voissnet cumplir con obligaciones y deberes que no le aplican en absoluto, si tampoco ha solicitado ejercer los derechos que emanan de dicha concesión;

4.3. Respecto de la existencia de una ventaja ilegítima de mercado, Voissnet se defiende argumentando, como principio básico en esta materia, que jamás ha sido motivo de ventaja ilegítima de mercado el hecho de no realizar las inversiones supuestamente necesarias para ingresar a un mercado determinado, situación que se presenta precisamente en el caso de autos, toda vez que ni la ley ni las decisiones de los organismos respectivos han obligado a ninguna empresa de telecomunicaciones a realizar ciertas inversiones para acceder a un mercado específico, dejando aquello a la libre iniciativa privada y a los grados de eficiencia que los distintos actores puedan alcanzar en la prestación de sus servicios. Es así como el concepto de desagregación de redes pretende solucionar este supuesto problema que se produciría si todas las compañías u operadoras de telecomunicaciones tuvieran que realizar las mismas inversiones ya efectuadas por otros, duplicando o triplicando innecesariamente el gasto en infraestructura. Lo que ha hecho Voissnet es realizar las inversiones que permiten ofrecer a sus clientes los más altos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estándares en calidad de servicio, lo cual no significa, como lo ha dicho la demandante reconvencional, que sean inversiones ínfimas y marginales.

4.4. Ahora bien, en cuanto al tema de la calidad del servicio, Voissnet opina que en las comunicaciones de voz sobre Internet, en donde el cliente elige un precio mucho menor al que paga actualmente por las redes fijas, dicho consumidor tiene en cuenta que la calidad del servicio puede no ser idéntica al de la telefonía tradicional. En concepto de Voissnet, aun cuando el precio será siempre mucho menor que el de la telefonía tradicional, la calidad de servicio será idéntica o mejor a la de ésta en muy corto plazo y por ello el público tenderá a elegir las comunicaciones vía Internet.

Por último, Voissnet señala que es perfectamente posible que CTC pueda alcanzar los mismos precios que ella cobra, siempre y cuando tome la decisión comercial de invertir en tecnología IP.

4.5. Respecto al uso parasitario que haría Voissnet de redes ajenas para prestar su servicio, la demandada reconvencional expresa que ya ha sido el propio cliente quien ha pagado y paga actualmente todos los costos y la devolución de las inversiones de CTC, tanto por el servicio telefónico como por el servicio de acceso a Internet de banda ancha, todos elementos que se han tenido en cuenta al momento de fijarse las tarifas por parte de la autoridad.

Por otra parte, Voissnet considera que, por razones evidentes, las inversiones hechas por ella no pueden alcanzar la magnitud de las inversiones efectuadas por CTC, lo cual no significa, de modo alguno, que dichas inversiones sean marginales, de poca monta o insignificantes.

Añade que las tarifas de Telefónica CTC Chile han sido calculadas sobre la base de una empresa eficiente con tecnología completamente obsoleta, razón por la cual resulta, en opinión de Voissnet, absolutamente engañosa la afirmación de CTC en el sentido que no podrán autofinanciarse con la baja en el tráfico provocado, supuestamente, por empresas que no retribuyen por el uso de las redes. Pero, además, el error consiste en creer que Voissnet no paga por el uso de sus redes cuando, en definitiva y como ya se ha explicado, paga por dicho uso, con independencia del pago que efectúe su mismo cliente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.6. En cuanto a la imputación de la demandante reconvencional, respecto a que Voissnet se dedica a focalizar sus esfuerzos comerciales en los clientes más atractivos, por tratarse de los de mayor tráfico (“descreme”), Voissnet sostiene que el servicio que presta requiere, por su esencia, una conexión a Internet banda ancha y no otra. Y en ese sentido, Voissnet no discrimina respecto a sus usuarios, pudiendo tener banda ancha clientes de sectores más acaudalados como clientes de sectores de menos ingresos. Quien posea acceso de Internet banda ancha puede ser cliente de Voissnet. Por lo tanto, no es una actitud de “descreme” la que realiza sino que es la consecuencia natural y lógica de los requisitos que necesita un cliente de la compañía.

4.7. Por todo lo anterior, Voissnet solicitó rechazar en todas sus partes la demanda reconvencional de CTC, y declarar expresamente que Voissnet no ha cometido infracción alguna a las normas de la libre competencia, con expresa condenación en costas;

5. A fojas 186, el Fiscal Nacional Económico (en adelante FNE) se hizo parte en la causa, formulando posteriormente, a fojas 212 y con fecha 9 de agosto de 2005, requerimiento en contra de CTC. El Tribunal, con fecha 10 de agosto del mismo año, resolvió de oficio, a fojas 241, la acumulación de dicho requerimiento a estos autos. La FNE basa su requerimiento en la circunstancia que CTC habría atentado contra la libre competencia, mediante la creación de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores en el mercado de telefonía fija local, con el objeto de mantener su posición de dominio a través de la imposición a sus clientes ISP, en los Contratos de Servicios Megavía DSL para Acceso Banda Ancha a Internet, de la cláusula cuarta, N° 7, que dentro de las obligaciones del ISP impone la de abstenerse de efectuar prestaciones de telefonía IP; y además, por la realización de conductas de discriminación arbitraria entre clientes monousuarios y multiusuarios; por el impedimento en los contratos Megavía entre CTC y los ISP de instalar equipos tras el módem; y la conexión de banda ancha con módems configurados para impedir el tráfico de voz IP (puertos bloqueados).

En síntesis, los argumentos y antecedentes expuestos por la FNE son los siguientes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.1. Respecto de los mercado involucrados, la FNE sostiene que, i) por el lado de la oferta, ésta es indiferente entre las tecnologías tradicionales y las tecnologías IP, y que ésta última es el sustituto natural de las tecnologías de *switch*, ii) por el lado de la demanda, los usuarios perciben como sustitutos a la telefonía IP y la telefonía fija tradicional, mercado este último en el que existe una empresa dominante, CTC; y, iii) para que sea posible telefonía IP, debe existir un mercado profundo de acceso a banda ancha. En la actualidad, existe un duopolio en el acceso a la infraestructura, en el que la empresa CTC actualmente posee el 50% de dicho mercado.

5.2. Seguidamente, argumenta que la imposición de la cláusula prohibitiva de telefonía IP, así como las conductas particulares detectadas en la investigación de la FNE, responden a una actuación general adoptada por CTC para la prestación del servicio mayorista de acceso a Internet banda ancha, Megavía, que constituye el fundamento para considerar que tanto la cláusula como las conductas reprochadas constituyen atentados contra la libre competencia y que, por tanto, deben ser sancionadas de conformidad a la ley.

5.3 Añade la FNE que, en la actualidad, si bien el grado de penetración del acceso a Internet mediante banda ancha se reduce a cerca de cuatro conexiones por cada cien hogares, como se ha expresado anteriormente existe en la práctica un duopolio en la oferta de acceso, por cuanto la tecnología ADSL, que ofrece CTC a través de su producto Megavía, y el Cable MODEM, que ofrece la fusionada VTR-MI, representan cerca del 94% de las conexiones a Internet por banda ancha, en relación a tecnologías alternativas, las cuales no se presentan como un sustituto en el corto plazo, por cuanto, aunque actualmente viables, requieren mayor desarrollo desde el punto de vista comercial o económico, como son, por ejemplo, el WLL, PLC, redes de gas, móviles y otras.

5.4. Opina la FNE que, por efecto de la cláusula impuesta por Megavía, la telefonía IP, que permite a los usuarios tener una opción de comunicaciones de voz más conveniente que la telefonía tradicional, queda fuera de su alcance, por cuanto CTC, mediante la imposición de dicha barrera artificial a la entrada de nuevos competidores, dada su posición en el mercado conexo de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

infraestructura requerida para dar el servicio, los obliga a conformarse con la telefonía tradicional. Ello contradice el principio de que la libre competencia no sólo ha de garantizar la eficiencia del mercado desde el punto de vista estático, sino además desde el punto de vista dinámico, permitir el desarrollo de nuevas tecnologías y nuevas posibilidades para los consumidores, más eficientes y a mejor precio.

5.5. Sostiene además la FNE que el servicio “Megavía DSL”, que ofrece CTC, operador dominante en telefonía fija y en la actualidad, por extensión, dominante a la provisión del servicio de acceso a banda ancha mediante tecnología ADSL, no se encuentra afecto a regulación tarifaria, por lo que sus precios y condiciones son fijados libremente por CTC. Este servicio mayorista de acceso a Internet, que puede cumplir la misma finalidad que el servicio de desagregación de CTC -que sí está regulado en sus tarifas-, está sin duda sometido a las normas de la libre competencia. Así, las condiciones en que debe darse una oferta mayorista de acceso a Internet de banda ancha, han de ser públicas, generales, objetivas y no discriminatorias.

5.6. A juicio de la FNE, correspondería declarar que CTC garantice la libre competencia en el acceso a la banda ancha, y que permita la prestación del servicio de telefonía IP o cualquier otra aplicación que los usuarios deseen contratar, sea mediante la desagregación, venta mayorista, acceso *bitstream* a nivel ATM, acceso *bitstream* a nivel IP, acceso al bucle compartido, o cualquier otro mecanismo de mercado que, a juicio de este Tribunal, sea suficiente para el resguardo, promoción y defensa de la libre competencia en el mercado de telecomunicaciones.

La prohibición de prestar telefonía IP a los ISP, contenida en una cláusula contractual, representa una barrera artificial impuesta por CTC en virtud de su poder de mercado, que no se justifica técnicamente, ni a la luz de la normativa de defensa de la libre competencia.

5.7. Adicionalmente, la FNE reprocha a CTC la realización de una serie de conductas que tienen por objeto impedir el otorgamiento de la Telefonía IP, las que a continuación se analizan:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a. Discriminación arbitraria en los contratos Megavía entre clientes monousuarios y multiusuarios. La FNE expone 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 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, el cual puede ser también de propiedad del usuario y no necesariamente ofrecido por la empresa. Por lo tanto, para la empresa debiera ser indiferente una conexión monousuaria o multiusuario, salvo en el evento – lo que fue señalado por algunos ISP - que ofrezca, además del acceso a Internet, servicios como DNS, dirección IP fija, equipamiento diferente del módem ADSL en el lugar del usuario, u otros. Pero, si tal no fuera el caso y dado los avances tecnológicos y la reducción en los precios de *routers* para el hogar, no es verificable si el cliente tiene una red local o tiene sólo un PC conectado a la red, salvo que se realizare una inspección dentro del hogar del usuario. En consecuencia, opina la FNE, no habiendo justificación económica ni de costos para esta discriminación -salvo la de generar ingresos excesivos para CTC, cuya posición de dominio le permite imponerla-, resulta atentatoria a la libre competencia, constituyendo una discriminación arbitraria.

b. Impedimento para instalar equipos tras el módem, en los contratos Megavía entre CTC y los ISP. La FNE sostiene que no existen justificaciones técnicas, en el tramo en que se ofrece el producto Megavía, para el bloqueo de direcciones IP u otro impedimento para la libre provisión de servicios a través de ella. Por tanto, no es posible vislumbrar cómo el aditamento de equipos por parte de terceros podría afectar el servicio de acceso a Internet que presta CTC en conjunto con el ISP. Por ello, esta conducta resulta, en concepto de la FNE, atentatoria a la libre competencia, configurando una práctica exclusoria de la competencia que, además, tampoco permite a los usuarios ejercer sus derechos.

c. Conexión de banda ancha con módems configurados para impedir el tráfico de voz IP (puertos bloqueados). En relación con este punto, la FNE sostiene que el servicio de acceso a Internet se refiere a habilitar a los usuarios el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acceso al contenido, información, correo electrónico u otros servicios ofrecidos dentro de Internet. En este sentido, la empresa no puede bloquear los puertos que han sido consensuados universalmente para la utilización de las distintas aplicaciones de Internet, tales como http, ftp, ssh, sftp, video, voz, etc., por cuanto, estaría restringiendo el acceso a parte de los servicios ofrecidos dentro de Internet, cuya red es libre. El bloqueo que realizaría CTC sería, entonces, una restricción anticompetitiva que debe ser reprochada como un atentado a la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

5.8. Termina la FNE su requerimiento sosteniendo, en relación con la justificación invocada por CTC en el sentido que sus conductas ocurren en un mercado carente de regulación, que la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, y sus posteriores modificaciones, posiblemente no se ajuste en plenitud al proceso de “convergencia tecnológica” que se ha desarrollado en nuestra sociedad. De hecho, otros países han ido adaptando sus marcos regulatorios a las nuevas realidades, por lo que cabe entonces considerar, por parte de este Tribunal, con una perspectiva que trasciende los hechos que originan el requerimiento, la necesidad de una adaptación de la actual legislación, con el objeto de favorecer un desarrollo robusto y armónico del mercado de las telecomunicaciones, teniendo como marco los principios de la libre competencia, sin perjuicio de sancionar a la requerida por sus conductas anticompetitivas.

5.9. Por todo lo anterior, la FNE solicita a este Tribunal que condene a CTC por atentar contra la libre competencia de la manera expuesta, imponiendo a la requerida las siguientes prevenciones y sanciones:

a. Modificar los Contratos de Servicios Megavía DSL para Acceso Banda Ancha a Internet, celebrados por CTC con los ISP, de modo que se ponga término inmediato a la aplicación de las cláusulas o disposiciones contractuales que prohíben dar servicio de voz sobre IP, así como a todas aquellas que, directa o indirectamente, restringen las aplicaciones o servicios susceptibles de ser prestados a través de Internet.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b. Declarar que CTC ha infringido la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores en el mercado de telefonía fija local, con el objeto de mantener su posición de dominio, a través de la imposición a sus clientes ISP, en los Contratos de Servicios Megavía DSL para Acceso Banda ancha a Internet, de la cláusula cuarta N° 7, la que, dentro de las obligaciones del ISP, impone la de abstenerse de efectuar prestaciones de telefonía IP. Por ello, debe ordenarse a CTC que se abstenga de persistir en estas conductas, así como en todo acto o conducta que tenga como fin impedir el otorgamiento de la Telefonía IP.

c. Aplicar a la requerida una multa de 350 unidades tributarias anuales, o la que este Tribunal en justicia resuelva determinar, considerando particularmente los beneficios obtenidos por CTC al impedir una legítima competencia a su servicio de telefonía por parte de prestadores de telefonía IP, privando a los consumidores de los beneficios económicos que dichos servicios reportan, en atención a la imposición de cláusulas restrictivas de la competencia y a los actos o conductas particulares anticompetitivas, descritas en este requerimiento. La FNE también solicita se condene a CTC al pago de las costas de esta causa.

d. Habida consideración del desarrollo actual del proceso de convergencia tecnológica, solicitar al Presidente de la República que el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones proceda al estudio de las modificaciones necesarias de los preceptos legales del actual marco jurídico del mercado de las telecomunicaciones, para la promoción de la libre competencia en éste.

5.10 Los principales medios de prueba aportados por la FNE en respaldo de sus alegaciones, son los siguientes:

5.10.1. Por la parte de la Fiscalía Nacional Económica testificaron los señores Antonio Büchi Buc, a fojas 2084 y 2105 (24 y 26 de enero de 2006), Lorena Donoso Abarca, a fojas 2025 (18 de enero del mismo año), Patricio Cáceres Viedma, a fojas 2000 (17 de enero del mismo año), Eduardo Díaz Corona Jiménez, a fojas 3109 (12 de julio de 2006), Humberto Soto Velasco, a fojas 2649, 2659, 2668, 2687, 2718, 2732, y 2751 (11, 12, 17, y 19 de abril, 5, 12 y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15 de mayo de 2006), y Rodrigo Castillo Murillo, a fojas 2507 y 2532 (14 y 16 de marzo de 2006).

5.10.2. Acompañó también la Fiscalía, con fecha 27 de diciembre de 2005, dos informes técnico-económicos, uno elaborado por los señores Oscar Cabello Araya e Israel Mandler Snaider, a fojas 1179, y el otro por los señores Adolfo Concha Guzmán y Paulo Oyanedel Soto, a fojas 1178;

6. A fojas 283, y con fecha 2 de septiembre de 2005, CTC evacuó el traslado al requerimiento de la FNE, refutando los cargos que se le imputan, pero expresando su concordancia con el criterio de la requirente en cuanto a que, de autorizarse y promoverse la operación de la telefonía sobre banda ancha bajo condiciones diferentes de las que rigen para el servicio público de telefonía local, la actual Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones debería ser sustancialmente modificada, pues de lo contrario se estaría amparando una situación contraria al actual ordenamiento jurídico que rige en la materia, e introduciéndose delicadas distorsiones en el mercado.

Por ello, antes que se lleven a efecto las modificaciones legales, tarifarias y regulatorias correspondientes, CTC es de la opinión que este Tribunal no debe dar amparo o tratamiento preferencial a conductas que son actualmente contrarias al ordenamiento jurídico, desarrolladas por empresas "parasitarias" que se encuentran prestando telefonía sobre banda ancha en condiciones "ventajistas", al utilizar infraestructura de terceros sin su autorización y sin pagar retribución alguna por ello; al tiempo que actúan sin someterse a las estrictas obligaciones que se exige a los prestadores de un servicio público de telecomunicaciones.

6.1. CTC afirma también que el requerimiento de la FNE discurre sobre un presupuesto fáctico evidentemente sesgado y erróneo, consistente en asumir que "Telefonía IP" sería sinónimo de "telefonía sobre banda ancha", esto es, que la única forma en que es técnicamente posible prestar Telefonía IP sería a través de los equipos de banda ancha para acceso a Internet. A partir de esta confusión, la requirente habría afirmado que CTC estaría entorpeciendo la introducción de la Telefonía IP como tecnología genérica, en circunstancias que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la requerida jamás se habría opuesto ni a la Telefonía IP ni a la introducción de nuevas tecnologías que beneficien a los usuarios. Lo que postula y defiende CTC es que las empresas que desarrollen esta tecnología se ajusten y cumplan con el ordenamiento jurídico vigente.

6.2. Respecto a las imputaciones específicas que la FNE realiza en su requerimiento, CTC señala, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto a que la cláusula contenida en los contratos de Megavía -que contiene la prohibición de utilizar la capacidad de ancho de banda contratada para cursar comunicación de voz- constituiría una barrera artificial a la entrada de nuevos actores al mercado de telefonía local, CTC sostiene que tal imputación debe rechazarse, en virtud de lo siguiente:

a. La telefonía sobre banda ancha corresponde a un servicio público de telecomunicaciones;

b. Megavía es, jurídicamente, un servicio complementario, rigiendo a su respecto el principio de la autonomía de la voluntad en forma amplia, razón por la cual la limitación contractual en comento es perfectamente lícita;

c. Megavía no corresponde a un servicio de desagregación de redes, como caprichosamente ha informado la Subtel y lo ha hecho suyo la FNE;

d. La prohibición contractual contenida en Megavía es coherente con la naturaleza y el objeto del contrato, que consiste únicamente en dar acceso a Internet en banda ancha;

f. CTC ofrece dos servicios de desagregación de redes que permiten a terceras empresas instalar sus propios equipos para proveer los servicios y aplicaciones de banda ancha que deseen; y,

g. El modelo de negocio abierto denominado “Megavía”, adoptado voluntariamente por CTC, ha contribuido a la masificación de la banda ancha en el país, promoviendo la competencia en dicho mercado relevante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.3. En cuanto a la acusación de discriminación en los contratos Megavía entre clientes monousuarios y multiusuarios, CTC alega que la distinción entre ambas modalidades no puede considerarse una discriminación arbitraria, como erróneamente lo pretende la Fiscalía, pues se justifica principalmente por las diferentes "intensidades de uso", y por tanto en razones de costos, entre ambas modalidades, debido a que en un caso se conecta un solo PC y en el otro caso se conecta más de un PC, que operan simultáneamente sobre una misma conexión.

Agrega CTC que la distinción entre conexiones monousuarios y multiusuarios se encuentra expresamente contemplada en la regulación sectorial que ha promulgado Subtel para Internet. En efecto, en la Resolución Exenta N° 669, del año 2001, que "Fija indicadores de calidad del servicio de acceso a Internet y sistema de publicidad de los mismos", modificada por la Resolución Exenta N° 1.493, del año 2001, dicho organismo reconoció que una conexión dedicada a Internet podría ofrecerse bajo la modalidad monousuario o multiusuario.

6.4. Respecto de la imputación de haber impuesto CTC a los ISP y a los clientes finales la prohibición de instalar equipos detrás del módem, sin que existan justificaciones técnicas o de costos para tales efectos, la requerida sostiene que sus ofertas estipulan que, mediante el servicio ADSL, se provee al ISP conectividad de banda ancha obtenida mediante la aplicación de tecnología ADSL sobre las líneas telefónicas analógicas de propiedad de CTC, con el fin de que el ISP suministre a los respectivos suscriptores un servicio de acceso a Internet de alta velocidad. Asimismo, los contratos previenen que el servicio tiene características específicas de ancho de banda contratado por el ISP, y que es de uso privativo de éste para dar acceso a Internet, y no para otras aplicaciones sobre la conexión ADSL.

En consecuencia, únicamente para este servicio de acceso a Internet es que técnicamente se han estructurado los esquemas de direccionamiento IP, de seguridad y de prioridad de servicios en las configuraciones del módem, del DSLAM y de los Agregadores de Servicio. Para soportar otro tipo de servicios,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sensibles al retardo, como lo son los servicios VoIP, sería necesario intervenir el equipamiento del cliente, así como los equipos de red, a fin de adicionar funcionalidades que no se encuentran habilitadas actualmente. Además, ello implicaría mayores costos, más inversión y, consecuentemente, mayores precios para el servicio Megavía DSL.

Agrega CTC que la instalación de un equipo adicional para proveer Telefonía IP implica la utilización de parte del ancho de banda de la conexión ADSL, ya que el flujo de datos de la Telefonía IP comparte el mismo ancho de banda que ha sido originalmente destinado para el servicio de acceso a Internet que provee el ISP.

6.5. Respecto de la imputación de conectar módems configurados para impedir el tráfico de VoIP, es decir, de bloquear puertos, CTC se remite en la contestación del requerimiento íntegramente a los descargos formulados por ella en la contestación de la demanda de Voissnet, los que, en su opinión, demostrarían que, atendida la naturaleza del servicio provisto en virtud del contrato Megavía DSL, no podría existir en caso alguno atentado en contra de la libre competencia, por corresponder a un servicio que por esencia se proporciona para el objeto contratado, esto es, un servicio de acceso a Internet a alta velocidad.

6.6. En relación a la solicitud realizada al Tribunal en el requerimiento de la FNE, en orden a solicitar a S.E. la Presidenta de la República, a través de los Ministerios que corresponda, se proceda al estudio de las modificaciones necesarias de los preceptos legales y reglamentarios del actual marco regulatorio del mercado de telecomunicaciones. CTC opina que no sería necesaria una modificación al actual ordenamiento jurídico. Ello por cuanto, tratándose del mismo e idéntico servicio, la telefonía sobre banda ancha debería prestarse conforme a los términos regulatorios actualmente vigentes para la telefonía tradicional, esto es,

a. que el prestador cuente con un título habilitante para tales efectos -concesión otorgada por decreto supremo-;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b. que, además, el operador de telefonía sobre banda ancha cumpla con las obligaciones contenidas en las disposiciones legales y reglamentarias que se aplican sin excepción a todas las empresas que participan en el mercado relevante de la telefonía local; y,

c. que el prestador de telefonía sobre banda ancha pague por el uso de la infraestructura de propiedad de terceras empresas, consistente en la red pública telefónica y los equipos para la prestación del servicio de banda ancha.

6.7. En mérito de las consideraciones precedentemente reseñadas, CTC solicita a este Tribunal rechazar el requerimiento de la FNE, en todas y cada una de sus partes, con expresa condena en costas;

7. A fojas 408, Telmex Servicios Empresariales S.A. (Telmex) se hizo parte en el proceso en su calidad de empresa concesionaria de servicio público de telecomunicaciones, alegando tener un interés actual y directo en la materia debatida en autos, pero sin realizar petición concreta alguna a este Tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, en un otrosí de su presentación expuso los argumentos que a continuación se sintetizan:

7.1. Telmex es una empresa concesionaria de servicio público de telefonía "IP", según da cuenta el Decreto Supremo N° 02, de 4 de Enero de 2002. Ante la irrupción de la nueva tecnología de Internet, Telmex tramitó y obtuvo ante la autoridad el otorgamiento de una concesión de servicio público telefónico basada en la tecnología "IP", encontrándose actualmente facultada para "instalar, operar y explotar un sistema de conmutación basado en la tecnología IP, compuesto por 27 nodos de conmutación a lo largo del país,...", por un plazo de 30 años, y todo ello en base al respectivo Proyecto Técnico aprobado.

7.2. Según Telmex, todo servicio que tenga por objeto principal transmitir la "voz" humana es, sin más, un servicio de telefonía. El servicio de telefonía cuenta en nuestro sistema con un régimen jurídico clara y expresamente establecido, que resulta aplicable con plena independencia de la tecnología que en su prestación se utilice por las empresas prestadoras

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.3. Por lo anterior, la prestación por parte de Voissnet de estos servicios de "voz", por aplicación de los principios de neutralidad tecnológica, no discriminación y mínima intervención que inspiran nuestra legislación sectorial, debe necesariamente efectuarse al amparo de una concesión de servicio público telefónico, de la misma manera como el regulador le ha concedido a Telmex la concesión de servicio de telefonía "IP".

7.4. Agrega Telmex que, si de algún modo se estimare que resulta procedente la prestación de servicios de "voz" (o de telefonía, según lo define nuestra reglamentación, al parecer de Telmex), por el medio o tecnología que sea (en este caso sobre banda ancha a través del Protocolo "IP"), sin la respectiva concesión habilitante otorgada por el Estado, se estaría legitimando la provisión de servicios al margen de nuestro ordenamiento jurídico y con una abierta discriminación respecto de los demás operadores que han cumplido con dicha normativa y que, en su funcionamiento y fiscalización, se encuentran sujetos al estricto cumplimiento del régimen legal aplicable al servicio;

8. De acuerdo con la resolución de fojas 365, los hechos pertinentes, substanciales y controvertidos que fueron objeto de prueba en autos son los siguientes:

8.1. Hechos y circunstancias de orden económico que justificarían las diferencias entre las tarifas cobradas a los monousuarios y multiusuarios de Internet banda ancha provista por Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (Telefónica CTC);

8.2. Hechos y circunstancias de orden técnico y económico que justificarían la restricción contractual y/o de hecho impuesta por Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. para la transmisión de telefonía sobre banda ancha; y

8.3. Características técnicas, económicas y operacionales de la prestación del servicio de Telefonía IP en Chile y, específicamente, de su prestación sobre banda ancha;

9. A fojas 130 y siguientes del expediente de autos, la Subsecretaría de Telecomunicaciones evacuó el informe solicitado por este Tribunal mediante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Oficio N° 6, de 11 de enero de 2005. Asimismo, a fojas 2.477 y siguientes, dicha repartición evacuó el informe solicitado por este Tribunal mediante Ordinario N° 46, de 16 de enero de 2006, respecto de los oficios solicitados por Voissnet, la Fiscalía Nacional Económica y CTC;

10. La vista de la causa tuvo lugar el día 9 de agosto de 2006, como consta en la certificación estampada a fojas 4091 vuelta, con la presencia en estrados de los abogados de Voissnet, la Fiscalía Nacional Económica, CTC y Telmex;

11. Atendido el uso frecuente de terminología propia de la industria de las telecomunicaciones observado durante la tramitación de la causa, este Tribunal considera necesario establecer, para la debida comprensión de la presente sentencia, las siguientes definiciones, para cada una de las palabras, expresiones o siglas que se indican a continuación;

ADSL: *"Asymmetric Digital Subscriber Line"*. Tecnología para módems que hace posible la transmisión de datos a gran velocidad sobre el bucle o conexión del abonado o usuario final. Los caudales que se transmiten son asimétricos: mucho más caudal en sentido Red-Usuario (descendente), que en el sentido Usuario-Red (ascendente).

ASP: *"Application Server Provider"*. Proveedor de aplicaciones desarrolladas para operar en ambientes *Web*.

Banda Ancha: En un sentido general, banda ancha se refiere a la transmisión de datos en la que se envían simultáneamente varias piezas de información, con el objeto de incrementar la velocidad de transmisión efectiva. En ingeniería de redes este término se utiliza también para referirse a aquellos métodos en los que dos o más señales comparten un mismo medio de transmisión. Algunas de las variantes de los servicios de línea de abonado digital (del inglés *Digital Subscriber Line*, o DSL) son de banda ancha en el sentido que la información se envía sobre un canal y la voz sobre otro canal, pero compartiendo el mismo par de cables. Los módems analógicos que operan con velocidades mayores a 600 baudios por segundo (bps) también son técnicamente banda ancha, pues obtienen velocidades de transmisión efectiva mayores, usando muchos canales en donde la velocidad de cada canal se limita a 600 baudios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cabe tener presente que el acceso a Internet de alta velocidad o “Banda Ancha” permite a los usuarios el acceso a Internet y a los servicios relacionados con ésta, a velocidades significativamente mayores a las disponibles por los servicios de Internet por red telefónica básica. La Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América (FCC, por sus siglas en inglés), define generalmente el servicio de banda ancha como la transmisión de datos a velocidades que exceden los 200 kilobits por segundo (Kbps), en por lo menos una dirección: descendente (de Internet a la computadora) o ascendente (de la computadora a Internet).

DSLAM: *“Digital Subscriber Line Access Multiplexer”*. Es un equipo instalado en la central local y que contiene los módems ADSL de central. Además, se encarga de concentrar el tráfico de los usuarios en una red WAN (siglas que corresponden a *Wide Area Network*, red que conecta computadores distantes por medio de líneas telefónicas o por enlaces de satélites). En una WAN, los computadores están física y en ocasiones geográficamente alejados.

Gateway: Sistema de *hardware* o *software* que hace de puente entre dos aplicaciones o redes incompatibles, para que los datos puedan ser transferidos entre distintos ordenadores.

IP: *Internet Protocol*. Es la especificación que determina hacia dónde son encaminados los paquetes de información, en función de su dirección de destino. Por su parte, el denominado TCP (o *Transmission Control Protocol*) se asegura de que tales paquetes lleguen correctamente a su destino. Si el TCP determina que un paquete no ha sido recibido, intentará volver a enviarlo hasta que sea recibido correctamente en su destino.

ISP: *“Internet Service Providers”* o “Proveedor de Acceso a Internet”. Empresa que provee el acceso a Internet.

Módem: Equipo para transmitir información que, en el sentido de la transmisión (unidad moduladora), convierte las señales digitales (datos) en señales analógicas que pueden ser transportados por la red pública analógica; y, en el sentido de la recepción (unidad demoduladora), realiza la operación inversa, o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sea, recupera los datos transmitidos. El módem convierte en analógicas las señales digitales de los computadores o de los equipos terminales de datos (modulación), con la finalidad de que puedan viajar por la línea, y en el computador de destino convierte las señales analógicas en digitales (demodulación), de forma que este computador los pueda recuperar.

Módem ADSL: Módem que utiliza técnicas avanzadas de proceso digital de señales y algoritmos especiales, y que permite conectarse a una línea de abonado digital asimétrica, de manera que puede transmitir gran cantidad de información a una velocidad elevada, sin interferir con los servicios de telefonía regulares que se prestan a través de la misma línea.

Splitter: Dispositivo que divide la señal de teléfono en varias señales, cada una de ellas en una frecuencia distinta. Este dispositivo se utiliza frecuentemente en la instalación de líneas ADSL, donde es necesario que la señal de datos y la señal de voz convivan en la misma línea telefónica. Lo anterior se consigue dividiendo las señales de entrada de baja frecuencia para la transmisión voz, y de las de alta frecuencia para datos, permitiendo un uso simultáneo de ambos servicios. Comúnmente se denomina al *splitter* como "dispositivo de filtrado centralizado" porque, una vez instalado, abarca toda la instalación telefónica del respectivo hogar o empresa.

TCP/IP: Son las siglas de *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*, y corresponden al lenguaje que rige todas las comunicaciones entre todos los computadores en Internet. TCP/IP es un conjunto de instrucciones que dictan cómo se han de enviar paquetes de información por distintas redes.

VoIP, Voz sobre Protocolo de Internet, también llamada Voz sobre IP, Telefonía IP, Telefonía por Internet, Telefonía *Broadband* y Voz sobre *Broadband* Es el enrutamiento de conversaciones de voz sobre Internet o a través de alguna otra red basada en IP;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero: Que a fojas 425 bis, la parte de Telefónica CTC formuló tacha respecto del testigo señor Max Mauricio Weinstein Crenovich, presentado por la parte de Voissnet, por la causa contemplada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque carecería de la imparcialidad necesaria para declarar, y por tener interés directo y personal en el pleito, pues habría expresado que la empresa que representa y de la que es accionista (CyberCenter S.A.), se había visto perjudicada por una restricción contenida en el contrato Megavía; que ese perjuicio coincidiría con el de la demandante Voissnet, y que declara en apoyo a esa posición. Añade que una de las peticiones de la demanda es que se elimine la restricción del contrato de Megavía, y que el testigo ha expresado el interés de la compañía que representa en que esa petición sea acogida.

Voissnet, al contestar el traslado, expuso que, con la tacha opuesta, Telefónica CTC pretende sustraer al Tribunal de información relevante, así como amedrentar a testigos que son actores del mercado relevante y cuentan con información directa y presencial respecto de las conductas de la demandada. Añade que no concurren los supuestos de la tacha opuesta, porque en parte alguna de su declaración el testigo se refiere a un interés directo o indirecto y que, por el contrario, manifestó no tener interés personal alguno en el proceso. Aclara que lo que el testigo señaló es ser titular de acciones de CyberCenter a través de otra persona jurídica, y que el perjuicio que podría haber sufrido tendría como causas las mismas razones que las invocadas por la demandante.

La FNE, por su parte, también solicitó el rechazo de la tacha, expresando que la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil está restringida a aquello que no se oponga a la normativa especial de defensa de la libre competencia y, por lo tanto, en la interpretación del referido N° 6 del artículo 358 debe exigirse un interés concreto y específico emanado de la acción que se deduce, porque en materia de libre competencia todo ciudadano tiene interés, por tratarse de cuestiones que versan sobre el orden público;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Segundo: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada, ésta será acogida, por considerar este Tribunal que el testigo tiene interés económico en sus resultados a través de CyberCenter S.A., sociedad de la que reconoce ser representante y propietario, al señalar que ésta (“mi empresa”) tiene relación con Telefónica CTC y que, de acogerse la demanda, se le podrían abrir negocios con la telefonía IP que actualmente no puede desarrollar, lo que configura un interés económico en los resultados del juicio y que el testigo declaró que pretendía defender, lo que resta imparcialidad al testigo;

Tercero: Que a fojas 1861, la parte de Voissnet formuló tacha respecto del testigo señor Eduardo Humberto Saavedra Parra, presentado por Telefónica CTC, por la causa contemplada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque carecería de la imparcialidad necesaria para declarar, toda vez que el propio testigo habría manifestado que su acuerdo económico con Telefónica involucra la declaración en el presente litigio, de lo cual se desprendería su evidente falta de imparcialidad, más aún considerando que todavía no se había efectuado el pago acordado. De esta forma, es dable pensar que el pago cuya cifra no se explicita va en directa relación con la actuación del señor Saavedra en el proceso, por lo que concurriría claramente un interés de carácter patrimonial de su parte que lo inhabilita para declarar con independencia e imparcialidad.

Telefónica CTC, al contestar el traslado, solicitó el rechazo de la tacha, fundada en que, según la jurisprudencia, la inhabilidad invocada dice relación exclusivamente con la falta de imparcialidad por tener un interés pecuniario en los resultados del juicio, esto es, en lo que se resuelva mediante sentencia definitiva. Agregó que el señor Saavedra realiza diversas asesorías que son naturalmente remuneradas, pero constituyen opiniones independientes de modo que la tarifa que cobra no guarda relación alguna con las conclusiones de su informe, como lo corrobora una nota al pie de su informe agregado a estos autos. Señaló que el hecho que a la fecha no se le hayan pagado materialmente los honorarios pactados tampoco lo inhabilita, porque los honorarios fueron fijados antes de la elaboración del informe. Adujo que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

circunstancia de que la asesoría del testigo involucre su presencia ante el Tribunal tiene por exclusivo propósito que el señor Saavedra ratifique ese informe y sea el propio Tribunal quien pueda ahondar respecto de éste para obtener mejor información. Finalmente, invocó el currículo del señor Saavedra agregado al proceso como prueba de la imparcialidad e idoneidad del testigo;

Cuarto: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tachada invocada, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la existencia de un interés del señor Saavedra en los resultados del juicio, sin que pueda alterar lo concluido el que, como es usual, se haya convenido una retribución por la elaboración y ratificación de un informe para la parte que lo presenta. Lo anterior es reforzado por el hecho de que el propio testigo descartó explícitamente cualquier vinculación entre el precio de su informe y los resultados del juicio, y expresó no tener interés alguno en estos últimos. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Quinto: Que a fojas 2519, la parte de Voissnet formuló tachada respecto del testigo señor Eduardo Díaz Corona Jiménez, presentado por la FNE, por la causa contemplada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque carecería de la imparcialidad necesaria para declarar y porque tendría en el pleito un interés directo. Funda Voissnet esta causa de inhabilidad en que el testigo señaló tener interés en este juicio e hizo referencia a la incidencia patrimonial que para su empresa (Telmex) puede tener el mismo. Agrega que, en presentación de fecha 15 de diciembre de 2005, Telmex señaló tener interés actual y directo en esta causa, y que quienes son parte en un proceso no pueden intervenir como testigos, pues carecen de la imparcialidad necesaria.

La FNE, al contestar el traslado, solicitó el rechazo de la tachada, expresando que la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil está restringida a aquello que no sea incompatible con lo dispuesto por el Decreto Ley N° 211. Agregó que las sentencias de este Tribunal, en la medida que versan sobre el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

orden público económico, conllevan la idea de afectar el interés de los consumidores, los competidores y la comunidad. Por lo tanto, la interpretación del concepto “imparcialidad necesaria” contenido en el N° 6 del artículo 358 de dicha normativa debe compatibilizarse con el carácter y naturaleza del procedimiento y de la sentencia.

Telmex, a su turno, también solicitó el rechazo de la tacha, fundada en que el testigo concurre en carácter personal y no en representación suya. Agrega que en parte alguna el testigo ha señalado tener un interés patrimonial personal en la presente contienda, sino sólo a nivel de la industria de las telecomunicaciones;

Sexto: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada, y considerando los dichos del señor Díaz Corona, el documento agregado a fojas 402 y la presentación de fojas 408, se acogerá la tacha porque el testigo, en su calidad de Gerente General de Telmex, carece de la imparcialidad necesaria para declarar, por tener interés económico en el pleito, lo que a juicio de este Tribunal se prueba plenamente con el hecho que Telmex se haya hecho parte en esta causa. No altera la conclusión precedente lo alegado por la FNE al contestar el traslado, en cuanto este Tribunal debiera, a su juicio, interpretar las causas de tacha de forma menos estricta porque, al menos en este caso, ello implicaría admitir como testigo a un tercero que, consta en autos, carece de imparcialidad. Tampoco desvirtúa lo anterior, y debe por lo tanto ser desatendida, la distinción pretendida por Telmex al contestar el traslado, en orden a separar los intereses personales del testigo de los intereses de su mandante pues, al tenor de lo preceptuado por el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, el interés en cuestión puede ser directo o indirecto, siendo indiferente que el testigo comparezca personalmente o como representante de alguna sociedad;

Séptimo: Que a fojas 2633, la parte de Voissnet formuló tacha respecto del testigo señor Waldo Rafael Maldonado Catalán, presentado por la parte de Telefónica CTC, por la causa de inhabilidad contemplada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque tanto su antiguo como su actual

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empleador (Reuna y Terra Networks Chile, respectivamente) estarían relacionados con la parte de Telefónica CTC; es decir, existiría una matriz (se refiere a Telefónica Internacional) que es propietaria de ambas empresas. Además, los largos años que trabaja en Terra hacen pensar que carecería de la imparcialidad necesaria para declarar.

Telefónica CTC, al contestar el traslado, solicitó el rechazo de la tachá, fundada en que, según la jurisprudencia, la inhabilidad invocada dice relación exclusivamente con la falta de imparcialidad, por tener el testigo un interés patrimonial personal, vinculado directa o indirectamente a los resultados del juicio. En otras palabras, el testigo sería inhábil bajo esta causa si hubiese declarado que tiene algún incentivo económico de resultar Telefónica CTC absuelta de toda responsabilidad en este proceso; pero que, frente a esa precisa pregunta, declaró no tener ningún interés en los resultados de este juicio. Por último, CTC alega que las causas de tachá son excepcionales, y que para establecerlas debe verificarse la concurrencia de los requisitos que establece la ley, los que no concurrirían en la especie;

Octavo: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tachá invocada, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado un interés del señor Maldonado Catalán en los resultados del juicio, sin que pueda alterar dicha conclusión la existencia de una relación laboral con una empresa relacionada a Telefónica CTC. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Noveno: Que a fojas 2651, la parte de Voissnet formuló tachá respecto del testigo señor Humberto Alfonso Soto Velasco, presentado por la FNE, por las causas de inhabilidad contempladas en los Nos 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. La primera de las causas mencionadas, esto es, la del N° 6, se funda en que el testigo habría manifestado desempeñarse como Gerente de Regulación de Telefónica CTC, haber expuesto a los abogados del presente juicio la posición de la citada empresa, conocer los escritos principales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del mismo y tener poderes para representar a Telefónica CTC ante autoridades administrativas. Por lo tanto, agrega Voissnet, el carácter de dependiente de Telefónica CTC del testigo y su labor específica dentro de esa compañía, hacen que tenga un interés comprometido en el resultado del juicio, configurándose la mencionada causa de inhabilidad. Con respecto a la segunda de las causas de tachas invocadas, esto es, la del N° 7 del mencionado artículo 358, Voissnet sostiene que la enemistad o animadversión del testigo, respecto de la misma Voissnet, se configura porque el testigo señaló que esa parte no cumpliría con las reglas del juego por falta de observancia de las leyes y reglamentos.

La FNE, al contestar el traslado, solicitó el rechazo de la tachas, expresando que, anteriormente, cuando declaró el testigo Patricio Cáceres Viedma, quien reconoció ser dependiente de Telefónica CTC, ninguna de las partes formuló tachas al testigo por su calidad de empleado dependiente de Telefónica CTC. Agregó que la enemistad a que se refiere la causa de inhabilidad en cuestión debe ser calificada por el Tribunal y manifestada por hechos graves de éste, situación que no ocurre en la especie. Agregó que la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil está restringida a aquello que no sea incompatible con el procedimiento contemplado en el Decreto Ley N° 211, que la habilidad o inhabilidad de los testigos debe juzgarse a la luz de la naturaleza de esos procesos, que conforme al artículo 22° de dicho cuerpo legal, este Tribunal aprecia la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y cita, en apoyo de su posición, la Sentencia N° 33 de este Tribunal;

Décimo: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la primera de las causas de inhabilidad invocadas, esto es, la contemplada en el N° 6 del artículo 358 tantas veces citado, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la existencia de un interés económico del señor Soto Velasco en los resultados del juicio, y que el testigo no fue presentado por la parte de quien es trabajador dependiente, no habiéndose invocado formalmente la causa correspondiente a efectos de pronunciarse respecto de la alegación de una eventual relación de dependencia entre el testigo y Telefónica CTC. En cuanto a la segunda causa de tachas alegada, comprendida en el N° 7 del artículo 358, este Tribunal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

también la rechazará, porque los hechos en que se funda no revisten la gravedad suficiente como para darla por establecida en conformidad a la ley. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Undécimo: Que a fojas 2776, Voissnet formuló tacha respecto del testigo señor Renato Gabriel Agurto Colima, presentado por la parte de Telefónica CTC, por la causa de inhabilidad contemplada en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque carecería de la imparcialidad necesaria por tener en el juicio un claro interés. Funda esta causa en que el testigo habría reconocido que ha trabajado para Telefónica CTC los años 2003, 2004 y 2005, por lo que sería razonable pensar que, tanto para él personalmente, como para su empresa de consultoría, Telefónica CTC es un cliente importante que podría contratarlo en el futuro.

Al contestar el traslado, Telefónica CTC solicitó el rechazo de la tacha, alegando que la inhabilidad invocada es de derecho estricto y, según la jurisprudencia, dice relación exclusivamente con la falta de imparcialidad, por tener el testigo un interés personal y económico en los resultados del juicio en que declara, de manera que sólo sería inhábil conforme a ella, única y exclusivamente, si hubiese declarado que le pagarían por su testimonio en caso que Telefónica CTC sea absuelta; y que, por el contrario, el testigo respondió categóricamente que no tenía interés alguno en los resultados de este juicio. Agrega CTC que los servicios que el testigo ha prestado a Telefónica CTC son esporádicos (no habituales) y no exclusivos; explica las circunstancias extraordinarias que justificaron las asesorías de los años 2003, 2004 y 2005; y destacó que desde hace más de un año no presta servicios a Telefónica CTC. Señala, asimismo, que la causa esgrimida no admite supuestos futuros y eventuales; y, finalmente, invoca la trayectoria y reputación del testigo como consultor.

Duodécimo: Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la primera de las causas de inhabilidad invocadas, esto es, la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contemplada en el N° 6 del citado artículo 358, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no se configura dicha causa a partir de la prestación de servicios como consultor independiente en el pasado. Confirma lo anterior el hecho de que el propio testigo negó tener interés en el resultado del juicio. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto a la objeción de documentos:

Decimotercero: Que a fojas 1966, Voissnet objetó el documento denominado “Informe de Mercado sobre Telefonía e Internet”, acompañado por Telefónica CTC mediante presentación de fojas 1204, fundada en que no se indicaría en él quienes son sus autores, la razón por la que se hizo, por quién habría sido encargado o si fue realizado espontáneamente, y porque no existe referencia alguna a lo que sería SCAN, sus socios o propietarios.

En cuanto a la falta de autoría o falsedad material invocada, se procederá a acoger la objeción, por observar este Tribunal que se trata de un instrumento privado, de autoría indeterminada e indeterminable, ya que no aparece suscrito o firmado por persona alguna y tampoco proporciona datos necesarios para individualizar a su autor; situación que impide a la parte que lo presentó demostrar la autenticidad del mismo mediante el reconocimiento judicial. Lo anterior no es subsanado por la carta conductora del informe que acompañó Telefónica CTC, pues no aporta antecedente adicional alguno respecto de la autoría del documento. Las demás observaciones formuladas serán desestimadas por no ser constitutivas de causas legales de objeción.

En cuanto al fondo:

Decimocuarto: Que Voissnet imputa a Telefónica CTC, como actos contrarios a la libre competencia, un primer grupo de conductas consistentes en que el contrato denominado “Contrato de Servicio Megavía DSL”, que suscribe con los distintos ISPs (*Internet Service Providers*) para la provisión de conexión a Internet por banda ancha, prohíbe: i) la provisión de servicios de Telefonía IP;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ii) que los clientes de los ISP puedan instalar equipos tras el módem ADSL, sin la autorización expresa de CTC; iii) que los clientes de los ISP puedan compartir sus accesos de banda ancha con terceros; y, iv) que los clientes de los ISP puedan encaminar (“rutear”) los paquetes de datos al interior de las redes de aquéllos, sin expresa autorización de CTC;

Decimoquinto: Que, además, imputa a la misma compañía, las siguientes restricciones de hecho y actos anticompetitivos: i) entorpecer o impedir el tráfico de Internet dirigido a Voissnet; ii) negarse a suministrar, a algunos clientes específicos de los ISP, equipos ADSL adecuados para implementar el servicio de telefonía IP; iii) discriminar en las tarifas de los servicios de acceso de banda ancha entre clientes monousuarios y clientes multiusuarios, sin que exista justificación económica para ello; y, iv) celebrar contratos de suministro telefónico en el segmento de corporaciones y grandes empresas, a precios que están por debajo de sus costos, lo que implicaría una competencia desleal para el servicio de telefonía IP;

Decimosexto: Que la Fiscalía Nacional Económica, por su parte, formuló requerimiento contra CTC, imputándole la comisión de similares conductas a las denunciadas por Voissnet. Específicamente, imputó a aquella: i) atentar contra la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores en el mercado de telefonía fija local, con el objeto de mantener su posición de dominio. Esto se realizaría por medio de la obligación que afecta a sus clientes ISP de abstenerse de efectuar prestaciones de telefonía IP, contenida en la cláusula cuarta N° 7 de los Contratos de Servicios Megavía DSL para Acceso Banda Ancha a Internet; ii) la discriminación arbitraria en el monto de las tarifas cobradas a clientes monousuarios, por una parte, y multiusuarios, por la otra; iii) el impedimento de instalar equipos tras el módem, en los contratos Megavía celebrados entre CTC y los ISP; y, iv) prestar la conexión de banda ancha con módems configurados para impedir el tráfico de voz IP (puertos bloqueados);

Decimoséptimo: Que, a su turno, Telefónica CTC basó sus argumentos de defensa en que el servicio de acceso por banda ancha a Internet no está regulado, y que la compañía lo presta en condiciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, toda vez que puede ser suministrado por medio de distintas redes (pares de cobre, redes de TV-Cable o redes inalámbricas). Por ello, sostiene, la compañía está facultada legalmente para imponer libremente restricciones a la provisión de servicios de telefonía IP. Asimismo, CTC sostuvo en el proceso que aquellos elementos de la red de telefonía local necesarios para suministrar el acceso de banda ancha a Internet, son remunerados por el usuario a través del cargo fijo mensual (Servicio de Línea Telefónica o SLT) y el servicio local medido (SLM), cuyas tarifas han sido reguladas por el Estado, sobre la base de considerar un determinado nivel de demanda de tráfico. Por este motivo, si se traspasa el tráfico telefónico desde la red tradicional hacia la Telefonía IP, se impediría alcanzar el autofinanciamiento de la red telefónica local;

Decimoctavo: Que, adicionalmente, CTC demandó por vía reconventional en autos a Voissnet, imputándole a dicha empresa ofrecer servicios de telefonía pública sin contar con la correspondiente concesión, como lo requeriría la legislación sectorial vigente, por lo que no soportaría las exigencias y limitaciones que dicha concesión implica; configurándose, en opinión de esta compañía, una conducta de competencia desleal. Además, acusó a Voissnet de utilizar “parasitariamente” las redes de las empresas concesionarias del servicio telefónico, es decir, sin remunerar los costos de dichas redes;

Decimonoveno: Que, en consecuencia, este Tribunal deberá pronunciarse acerca de si se ha acreditado en el proceso la existencia, o no, de las conductas que recíprocamente se imputan las empresas de telecomunicaciones que fueron parte en este proceso y que la FNE reprocha a una de ellas; y acerca de su licitud desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia;

I. En cuanto a la telefonía IP sobre banda ancha.

Vigésimo: Que, en primer término, estos sentenciadores harán algunas precisiones respecto de la tecnología de telefonía que es relevante al caso de autos, esto es, la telefonía IP sobre banda ancha. Este análisis se realizará

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tomando como base el contenido de los informes técnicos y económicos acompañados por la partes.

Vigésimo primero: Que, al respecto, las tecnologías que permiten transmitir voz a través de internet se conocen con el nombre genérico de voz sobre IP (VoIP). Ellas permiten digitalizar la voz y luego dividirla y convertirla en paquetes relativamente pequeños según el protocolo TCP/IP, cada uno de los cuales contiene un fragmento de la información. A estos paquetes, el mencionado protocolo TCP/IP agrega las direcciones de Internet del computador de origen y del de destino, para que viajen por las vías que resulten más eficientes al interior de Internet, hasta alcanzar dicho destino, donde la información fragmentada es restituida a su condición original.

Debe tenerse presente que la aplicación de una tecnología VoIP puede utilizarse para enviar voz en un solo sentido, hasta uno o más computadores, o para transmitir voz en ambos sentidos, dentro de un grupo de computadores para, luego de ello, eventualmente entrar a la red pública como una llamada destinada a un teléfono fijo o móvil de una empresa concesionaria;

Vigésimo segundo: Que la transmisión de voz a la que alude el considerando anterior puede realizarse desde y hacia uno o más computadores, sin acceder al resto del sistema telefónico. Ahora bien, una de las formas de transmitir VoIP es utilizando el acceso de banda ancha a Internet ADSL, acceso que aprovecha algunos elementos de la red telefónica local;

Vigésimo tercero: Que, en efecto, el acceso de banda ancha a Internet utiliza la planta externa (par de cobre). Este uso, en todo caso, no interfiere con las llamadas telefónicas tradicionales realizadas por medio de esa red;

Vigésimo cuarto: Que, en consecuencia, para que Voissnet utilice el acceso a Internet vía banda ancha de su cliente, éste último debe conectar un módem a su computador, un *splitter* a su conexión telefónica y un equipo -que instala Voissnet-, a costa del cliente, para prestar su servicio de telefonía IP. La banda ancha que es prestada mediante tecnología ADSL permite utilizar el par de cobre que forma parte de la infraestructura necesaria para dar el servicio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

telefónico. Por ello, los ISP deben celebrar contratos con empresas de telefonía fija, como es el caso de los denominados contratos de servicios Megavía DSL para acceso a Internet de banda ancha, que deben celebrar con CTC;

Vigésimo quinto: Que enunciado lo anterior, este Tribunal analizará la naturaleza jurídica de la telefonía que utiliza la tecnología VoIP, especialmente la que se presta utilizando el acceso a Internet de banda ancha, a la luz de la regulación existente en materia de telecomunicaciones en Chile, para centrarse después en la de los servicios prestados por Voissnet, que es una de las formas en que puede efectuarse;

II. En cuanto a la naturaleza jurídica de la prestación de telefonía IP.

Vigésimo sexto: Que, para la prestación de estos servicios, en el caso de autos interactúan tres agentes económicos distintos: CTC, que es la empresa dueña de las redes de telecomunicaciones; los ISP, que contratan con ella mediante el denominado “Contrato Megavía”; y los ASP, que contratan con sus clientes para la prestación de servicios de aplicaciones de Internet. Entre estos últimos se encuentra Voissnet, que presta servicios de VoIP entre sus clientes, y entre éstos y los usuarios de servicios de telefonía fija y móvil. Parte importante de la discusión del juicio de autos se refiere a determinar si puede entenderse que su actividad es un servicio público telefónico, como sostiene CTC, si es una aplicación más de Internet y por ende no regulada, o si tiene una naturaleza jurídica distinta a las dos indicadas;

Vigésimo séptimo: Que es preciso tener presente en primer término que el artículo 1° de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones, (LGT), señala que se entiende por telecomunicaciones *“toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”*. La misma ley realiza una tipología de las distintas especies o categorías de servicios de telecomunicaciones, sus características esenciales y su regulación general. Así, de aquellos relevantes para esta causa, el artículo 3° de la Ley efectúa una clasificación de los servicios de telecomunicaciones, distinguiendo únicamente entre servicios de telecomunicaciones de libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recepción o de radiodifusión; servicios públicos de telecomunicaciones; servicios limitados de telecomunicaciones; servicios de aficionados a las radiocomunicaciones, y servicios intermedios de telecomunicaciones. Entre ellos, únicamente interesarían a los efectos de esta causa los siguientes:

a) Servicios públicos de telecomunicaciones: destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. Estos deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones (Art. 3º letra b) LGT); y,

b) Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas. Su prestación no podrá dar acceso a tráfico desde o hacia los usuarios de las redes públicas de telecomunicaciones (Art. 3º letra c) LGT).

Por su parte, el artículo 8º de la misma Ley señala que *“Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medios de redes públicas”*. Estas prestaciones son las que se denominan normalmente servicios adicionales o complementarios, y permiten prestar dichos servicios mediante la interconexión de equipos a las redes públicas. No requieren concesión, contrato o autorización de la concesionaria titular de la red a que se conecta, pero deben cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría de Telecomunicaciones y no deben alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se presta con ellas. Los servicios complementarios al servicio público telefónico se encuentran regulados adicionalmente en el Capítulo IV del Decreto Supremo N° 425, de Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el Reglamento del Servicio Público Telefónico, en el que se señala que deberán cumplir con la normativa técnica que les sea aplicable y que, antes de operar, deberán solicitar un pronunciamiento de Subtel respecto del cumplimiento de la misma, el que debe efectuarse por ésta dentro del plazo máximo de 60 días.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Así, la ley distingue, por un lado, aquellos servicios que la ley ha calificado como públicos y que, en virtud de esa calificación, las empresas que los prestan requieren una concesión habilitante para instalarlos, operarlos y explotarlos, sujetas a una serie de obligaciones. Por el otro, están aquellos servicios que se desarrollan bajo un régimen de libre iniciativa privada y que, por tanto, quienes los prestan sólo están sujetos al cumplimiento de determinadas normas técnicas. En el primer grupo de servicios se inscriben los servicios públicos de telecomunicaciones, particularmente el servicio público telefónico y, en el segundo, los servicios adicionales o complementarios;

Vigésimo octavo: Que el denominado servicio público telefónico es una subcategoría de servicio público de telecomunicaciones que no se encuentra definida en la ley, sino en el reglamento respectivo, que señala que “*está constituido por el servicio telefónico local, móvil y de larga distancia*” (artículo 18 del Decreto Supremo N° 425 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento de Servicios Telefónicos).

Por su parte, los artículos 19, 20 y 21 del citado Reglamento definen el servicio telefónico local, el servicio telefónico móvil y el servicio telefónico de larga distancia, respectivamente, sin que se considere en el mismo otra alternativa de servicio público telefónico. El art. 19 antes referido señala que el servicio telefónico local está constituido por el conjunto de prestaciones que suministran las compañías telefónicas locales en virtud de sus respectivas concesiones y está sujeto al cumplimiento de una serie de obligaciones: dar servicio en su área de concesión, contar con sistema multiportador que permita al usuario seleccionar servicios de larga distancia, solventar las modificaciones que sean necesarias para conectar a los concesionarios de servicios intermedios, proporcionar información relevante de sus usuarios a los concesionarios de servicios intermedios, y puede estar sujeto a regulación tarifaria, entre otras;

Vigésimo noveno: Que, como se ha visto, las disposiciones del Reglamento de Servicio Público Telefónico no pueden ser aplicadas a los servicios de Telefonía IP que presta Voissnet, ya que éstos no se pueden considerar ni servicios de telefonía fija, ni móvil, ni de larga distancia, pues

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participan de algunas características de cada uno de ellos, y tienen a su vez características que los diferencian de los mismos;

Trigésimo: Que en efecto, tal como fue reconocido por la propia CTC en su escrito de contestación de la demanda que rola a fojas 56 y siguientes de autos, el servicio de Telefonía IP que presta Voissnet ofrece menores prestaciones y tiene características que lo diferencian fuertemente del servicio de telefonía fija que presta CTC. De hecho, en la telefonía sobre banda ancha no se garantiza la calidad del servicio, no rige la obligatoriedad de prestar servicio dentro de una determinada zona geográfica -dado su carácter ageográfico- y, por ende, no existe la posibilidad de distinguir entre el servicio local, móvil y de larga distancia, entre otras diferencias. Por ello, es posible concluir que los servicios que presta Voissnet no cumplen con las condiciones necesarias para calificarlos como servicio público telefónico. Así lo reconoce expresamente dicha empresa en el contrato de suministro de servicios que celebra con sus clientes;

Trigésimo primero: Que para arribar a las conclusiones contenidas en las consideraciones anteriores, este Tribunal ha tenido presente las dificultades e inconvenientes que plantearía considerar la Telefonía IP sobre banda ancha como un servicio público telefónico, toda vez que, en razón de que hace uso de la conectividad a Internet con el mismo número telefónico en cualquier lugar y hasta cualquier lugar, no podría distinguirse el servicio telefónico local del de larga distancia ni del móvil, como exige perentoriamente el Reglamento del Servicio Público Telefónico. En efecto, un usuario de telefonía IP podría hacer llamadas hacia cualquier parte del mundo sin que pueda distinguirse si está haciendo una llamada local o de larga distancia, y desde cualquier sitio, lo que tendría semejanzas con una llamada desde un teléfono móvil;

Trigésimo segundo: Que, a juicio de este Tribunal, queda por analizar si los servicios que utilizan la tecnología VoIP, que ya se ha establecido que no constituyen el servicio público telefónico que hoy está definido normativamente, podrían encuadrarse en la definición legal más amplia de los “Servicios de Telecomunicaciones” que, como ya se ha indicado, únicamente requieren que sean destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunidad en general y que estén diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones; o si, por el contrario, deben considerarse sólo como una aplicación más de Internet;

Trigésimo tercero: Que la aplicación de una tecnología VoIP para la transmisión de voz en un solo sentido, hasta uno o más computadores, o en ambos sentidos, dentro de un grupo de computadores, puede no estar destinada a satisfacer las necesidades de la comunidad en general, como ocurre si se utiliza como sistema privado de comunicaciones, por ejemplo al interior de una empresa o institución. Además, la aptitud de interconexión con otros servicios públicos de telecomunicaciones no es una característica común de toda aplicación de una tecnología VoIP para la transmisión de voz, como ocurre con los sistemas de mensajería instantánea de Internet que permiten comunicaciones de voz, por lo que es posible llegar a la primera conclusión de que, en algunos casos de VoIP, claramente no se está en presencia de ninguna de las especies o categorías de servicios de telecomunicaciones que la LGT describe;

Trigésimo cuarto: Que de los antecedentes que obran en autos, puede concluirse que Voissnet presta un servicio que pretende satisfacer necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general, con la sola restricción de que el usuario de este servicio requiere contar con acceso a banda ancha –aunque no necesariamente el destinatario de una llamada–. Así, mediante sus servicios es posible la comunicación entre:

- Teléfono IP a Teléfono IP
- Teléfono fijo o móvil a Teléfono IP, y viceversa

En el primer caso, ambos usuarios deben disponer del servicio de Internet banda ancha, en cualquiera de sus tecnologías (ADSL, cable coaxial, Will, Wimax, etc.). Cuando el acceso a Internet se presta mediante tecnología ADSL, el servicio requiere el uso del par de cobre telefónico, siendo, desde el punto de vista técnico, indiferente que se utilice sólo para acceso a internet o también para el servicio VoIP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el segundo caso, es decir, cuando la comunicación se establece entre un teléfono IP y un teléfono fijo o móvil, en el extremo del usuario de telefonía IP ocurre lo mismo señalado en el párrafo anterior, mientras que en el otro extremo se debe disponer de un equipo de interconexión a la red de servicio público telefónico (*gateway*).

En este segundo caso, el servicio prestado por la empresa en cuestión está diseñado de forma que requiere la interconexión con la red pública, toda vez que por su intermedio se busca comunicar al usuario de esta compañía con un usuario de telefonía pública prestada por cualquier empresa concesionaria, mediante las distintas tecnologías utilizadas, incluyendo la telefonía local y móvil. Esto es lo que ocurre en el servicio prestado por Voissnet, que implica tráfico desde o hacia usuarios de redes públicas de telecomunicaciones y busca satisfacer necesidades de la comunidad en general y no requerimientos específicos de telecomunicaciones de determinadas personas naturales o jurídicas;

Trigésimo quinto: Que el servicio ofrecido por Voissnet, en cualquiera de sus modalidades, requiere que el usuario cuente con acceso a Internet. Ahora bien, la provisión de banda ancha mediante tecnología ADSL podría encuadrarse en lo que la LGT denomina “servicio complementario de telecomunicaciones”. En efecto, como ya se ha dicho, el artículo 8° del mencionado cuerpo legal define estos servicios como aquellos que se proporcionan mediante la conexión de equipos a las redes públicas, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas.

Sin embargo, en opinión de Subtel, estos servicios no serían servicios complementarios, dado que, a su juicio, *“es de la esencia de los servicios complementarios el que ellos se presten “por medio de las redes públicas ” (en la especie, la red pública telefónica) y que la interfaz entre el prestador del servicio complementario y la red mediante la cual éste proporcionará al público*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicho servicio consiste en la conexión a la misma de sus propios equipos” (Informe Subtel, fojas 138 y siguientes). Señala Subtel que sólo el servicio de Internet conmutado participa de estas características esenciales, por cuanto el servicio se presta mediante la red pública telefónica, toda vez que es justamente a través de una llamada telefónica que el usuario se comunica con el módem respectivo que hace las conversiones necesarias para que dicho usuario acceda a Internet, siendo precisamente este módem el equipo que, al conectarlo a la red telefónica, permite la prestación del servicio descrito. Por el contrario, en el servicio de acceso dedicado a Internet no concurrirían estas circunstancias esenciales, pues a su juicio el servicio no se prestaría "por medio de las redes públicas", porque no se emplearía la funcionalidad de la red pública telefónica para prestarlo ni existe comunicación telefónica alguna entre el usuario del servicio de acceso dedicado a Internet y algún equipo que se destine a tal efecto.

Más allá de la definición legal ya citada, que podría hacer pensar que efectivamente el servicio de Internet de banda ancha sería un servicio complementario, pues efectivamente se realiza por medio de las redes públicas, es un hecho que la regulación de Subtel relativa a los servicios complementarios supone que éstos se prestan a través de comunicaciones telefónicas efectuadas por los usuarios de la red telefónica, y estima como servicios complementarios únicamente los servicios de Internet conmutado y no los de acceso a banda ancha (Resolución Exenta N° 1319 de Subtel, que rola a fojas 677 y siguientes de autos, que clasifica los servicios complementarios al servicio público telefónico).

En todo caso, sea cual fuere la definición que, en conformidad a la ley, adopte la autoridad sectorial al respecto, la banda ancha de cualquier modo constituye una prestación libre, que no requiere concesión de ninguna especie, que es distinta del servicio público de telecomunicaciones y que requiere de la conexión de equipos a las redes;

Trigésimo sexto: Que la LGT no considera la tecnología o los medios utilizados para brindar determinado servicio de telecomunicaciones, para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

calificarlo como servicio público o limitado. Atiende la ley, en cambio, a la naturaleza de la actividad realizada y a los fines perseguidos con dicha actividad. Así, el hecho que Voissnet deba interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones para prestar sus servicios, permite concluir que, si se quisiera encuadrar éstos en alguna de las categorías que contempla la LGT, la más adecuada es la que define los servicios públicos de telecomunicaciones, cuyas concesiones no tienen las exigencias que se le imponen al servicio público telefónico. Pero ello no resuelve la ambigüedad respecto de la normativa que ha de aplicarse a estos servicios, pues no existe una regulación específica que permita hacer aplicables dichas normas a la Telefonía IP, la que, como se ha indicado, es una nueva tecnología que tiene características diferentes a los servicios públicos telefónicos tradicionales, que no se encuentra regulada y a la que no puede aplicarse, ni aún por analogía, la regulación que se aplica a los mismos. En efecto, el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política establece el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita, respetando las normas legales que la regulen. Ahora bien, a juicio de este Tribunal, las normas que regulen o limiten las garantías constitucionales deben ser específicas, deben interpretarse restrictivamente y no pueden aplicarse por analogía;

Trigésimo séptimo: Que lo anterior lleva a este Tribunal a concluir que, sea que se estime que los servicios que presta Voissnet son servicios de telecomunicaciones por las razones ya vistas, o que se trata de una aplicación más de Internet -dado que, como se ha acreditado en autos, en nada se diferencian desde el punto de vista técnico de las restantes-, de cualquier modo se trata de una actividad que en la actualidad no se encontraría regulada en forma legal y, así, únicamente debería cumplir con ciertas normas técnicas que establezca la Subsecretaría de Telecomunicaciones;

Trigésimo octavo: Que confirman lo anterior la propia requerida y Subtel. En efecto CTC, en su escrito de contestación a la demanda de autos, cuyo capítulo IX se refiere íntegramente al hecho de que la regulación de Internet no es un tema superado en el mundo, y mucho menos en Chile, reconoce que es una actividad que no estaría regulada a la fecha. Sostiene además que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propuestas regulatorias que se han efectuado por Subtel tendrían, a su juicio, insalvables reparos jurídicos, por cuanto su implementación por vía reglamentaria atentaría contra el principio de reserva legal. Por su parte, Subtel efectuó en julio de 2004 una propuesta de regulación sobre los servicios de VoIP, lo que no habría ocurrido si éstos ya estuvieran regulados, sin que se haya dictado hasta la fecha norma legal o reglamentaria a su respecto;

Trigésimo noveno: Que, aun cuando se le adjudique la naturaleza de servicio público de telecomunicaciones a la telefonía IP sobre banda ancha, cosa distinta es el debate en torno a si la regulación legal existente en nuestro país en materia de telecomunicaciones es en general adecuada para resolver los desafíos que plantea la llamada “convergencia tecnológica”, y si es eficiente, o incluso posible, aplicar las mismas normas a todos los agentes económicos que provean servicios de telecomunicaciones que cumplan similares fines, planteando las mismas exigencias a quienes prestan servicios que persiguen objetivos comunes pero utilicen tecnologías distintas en su prestación.

Dilucidar este punto y actuar en consecuencia es algo que debe resolver el legislador y las autoridades sectoriales pertinentes, siempre cuidando que con dicha eventual regulación se promueva y no se impida el desarrollo de una mayor competencia en los mercados involucrados, de acuerdo a los criterios que se indicarán más adelante;

III. En lo concerniente a la imputación realizada por Voissnet a Telefónica CTC respecto de las restricciones contractuales impuestas en los contratos Megavía para impedir la prestación del servicio de telefonía IP.

Cuadragésimo: Que, a continuación, este Tribunal analizará si las restricciones contractuales impuestas por CTC a los ISPs, que tienen por objeto afectar la posibilidad de que los ASPs puedan prestar servicios de VoIP, infringen, o no, las normas sobre protección a la libre competencia. Para ello no se estima necesario analizar las diversas normas legales y reglamentarias que regulan los servicios de conexión a banda ancha pues, sea que se estime que se trata de servicios desagregados o de servicios complementarios, en ambos casos deben aplicarse las normas del DL 211, sobre protección a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, y deben sancionarse los abusos cometidos por la empresa dominante para imponer barreras a la entrada de nuevos competidores en un mercado;

Cuadragésimo primero: Que preliminarmente, para efectos de estudiar la legalidad de las cláusulas segunda, inciso final, y cuarta, numeral séptimo (en adelante las “Cláusulas”), del Contrato, debe tenerse presente que, de la copia del contrato-tipo acompañada en autos a fojas 8 y siguientes por la demandante y no objetado por la demandada, se desprende que éste es de aquellos denominados “de adhesión”;

Cuadragésimo segundo: Que la cláusula segunda, inciso final, del Contrato dispone que *“Queda prohibido al ISP usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de Telefonía IP así como el ruteo de paquetes entre subscriptores usuarios de su servicio conectado mediante el servicio de Megavía DSL”*. Por su parte, la cláusula cuarta, numeral séptimo, señala que *“Son obligaciones del ISP:...7) Abstenerse de usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de telefonía IP así como para ruteo de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL. Toda infracción de esta prohibición facultará a Telefónica CTC Chile para aplicar al ISP una multa equivalente a UF 10.000 y para cancelar ipso facto las habilitaciones de los suscriptores a los cuales se les haya autorizado esas prestaciones o tengan instalados los equipos o configuraciones que les permitan utilizarlas. La reiteración de tal infracción facultará a Telefónica CTC Chile para, además de exigir la multa antes señalada, poner término inmediato y sin más trámite al contrato y para cobrar la indemnización por las habilitaciones vigentes a esa fecha que no hayan cumplido un año o de cualquiera de sus prórrogas en los términos estipulados en la cláusula octava”*;

Cuadragésimo tercero: Que, en opinión de este Tribunal, los servicios de Telefonía IP que permiten comunicaciones de voz desde y hacia clientes de telefonía fija y móvil, si bien tienen importantes diferencias con los servicios de telefonía fija tradicionales, pueden constituir un buen sustituto de la misma, que permitiría aumentar la intensidad de competencia en el mercado de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

telecomunicaciones. Por ello, cualquier acción de la empresa dominante que tenga por objeto o efecto impedir su desarrollo debe ser analizada a la luz de las normas sobre protección a la libre competencia. Desde ese punto de vista, es claramente conveniente que exista la posibilidad de que diversos agentes económicos puedan ofrecer esos servicios sin encontrar restricciones artificiales, contractuales o de hecho (ni tampoco derivadas de la regulación o de la falta de ella) que no tengan una justificación técnica o económica distinta a la de impedir o restringir la libre competencia;

Cuadragésimo cuarto: Que, a mayor abundamiento, en la hipótesis de que se considerase que el acceso de banda ancha a Internet tiene la calidad de un servicio complementario de aquellos a los que se refiere el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones, no debe perderse de vista que, también en virtud de dicha disposición (que no es sino un reflejo de las reglas generales del derecho de la libre competencia), las empresas concesionarias *“no podrán ejecutar acto alguno que implique discriminación o alteración a una sana y debida competencia entre todos aquellos que proporcionen estas prestaciones complementarias”* (Art. 8º inciso 6º LGT);

En efecto, de considerarse que los servicios de conectividad que prestan los ISP para acceder a Internet a través de redes públicas tienen la calidad de servicios complementarios, como ha sostenido CTC en estos autos, esta actividad está muy poco regulada en nuestra legislación, y quienes la ejercen cuentan con una serie de garantías legales destinadas a protegerlos frente a las mayores compañías telefónicas, que cuentan con claras ventajas para competir, entre las que se cuenta la propiedad de sus redes;

Cuadragésimo quinto: Que este Tribunal se pronunciará sobre la licitud y efectos restrictivos de la libre competencia que puedan tener las cláusulas transcritas. Para ello, primeramente deberá analizar si CTC tiene el suficiente poder de mercado en el de oferta mayorista de acceso a internet por banda ancha, pues es en este mercado en el que se celebra el contrato en comento. Ello teniendo presente, adicionalmente, que CTC es además la empresa dominante en la prestación del servicio público telefónico local, toda vez que la telefonía IP sobre banda ancha es, en opinión de estos sentenciadores, un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicio alternativo al de la telefonía tradicional, que podría constituir en el futuro una amenaza a la posición de CTC en el mercado de la telefonía fija.

Establecido lo anterior, debe dilucidarse si existe alguna justificación técnica para la existencia de estas cláusulas o si, por el contrario, se trata de restricciones impuestas a los ISPs que se traducen, indirectamente, en una práctica excluyente ilícita realizada en perjuicio de los ASPs, entre los que se cuenta Voissnet, para impedirles el ingreso al mercado de la prestación de servicios telefónicos que puedan competir con la telefonía tradicional;

Cuadragésimo sexto: Que, en la época en que comenzaron a suscribirse los contratos Megavía, esto es el año 2000, según Telefónica CTC consigna en su presentación de fojas 56, dicha compañía era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79,7% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de los años 2000 y 2001, respectivamente). Lo anterior entregó a esta compañía un manifiesto poder de negociación frente a los ISPs interesados en el producto Megavía. En efecto, a juicio de este Tribunal, es evidente que, a la fecha de suscripción de los contratos Megavía, CTC tenía un importante poder de mercado en la oferta mayorista de servicios de acceso a Internet. Lo anterior queda además en evidencia por el propio hecho de que los ISPs suscribieran los contratos Megavía, a pesar de que incluían las cláusulas en cuestión, que les imponían importantes limitaciones;

Cuadragésimo séptimo: Que, a mayor abundamiento, CTC es la empresa dominante en el mercado de la telefonía fija local. Así fue establecido en la Resolución N° 686 de 2003 de la H. Comisión Resolutiva, cuyos efectos están plenamente vigentes y también puede desprenderse, adicionalmente, del hecho que su participación de mercado, a junio de 2005, era del orden del 72,2%, y del orden de 70,7% a junio de 2006;

Cuadragésimo octavo: Que las Cláusulas evidentemente tienen por objeto restringir la libertad de los ISPs que contratan con CTC para brindar acceso de banda ancha a ASPs que prestan servicios de VoIP, lo que se ve facilitado por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 en Internet. Dicha barrera es impuesta por la empresa dominante en telefonía fija, precisamente para impedir la entrada de una nueva tecnología que compita con su actividad económica;

Cuadragésimo noveno: Que, a pesar de que los ISPs, en principio, son libres de contratar la provisión de banda ancha con otras empresas telefónicas, el poder de mercado que CTC detenta en la oferta mayorista de acceso a banda ancha, restringe en los hechos el poder de negociación que les permitiría oponerse efectivamente a la inclusión de las Cláusulas del contrato Megavía, que CTC impone;

Quincuagésimo: Que este Tribunal estima que no existen razones técnicas o económicas que justifiquen la imposición de las cláusulas contractuales cuestionadas. Así se desprende de los informes técnico-económico “Telefonía IP y Contratos de Acceso a Internet a través de ADSL” de Oscar Cabello e Israel Mandler, que rola a fojas 1626 y siguientes; y “Aspectos Técnicos de la Telefonía sobre Internet” de José M. Piquer, rolante a fojas 3022 y siguientes; y de los testimonios de Nicolás Beltrán Maturana, a fojas 483, Ricardo Segal Kirberg, a fojas 509, Nicolás Ovando Green, a fojas 595, Ricardo Gutiérrez Gática, a fojas 1812, Ricardo Ramos Robles, a fojas 1828, Patricio Poblete Olivares, a fojas 1849, Nazre El Hureimi Facuse, a fojas 1875, Patricio Cáceres Viedma, a fojas 2000, y Lorena Donoso Abarca, a fojas 2025;

Quincuagésimo primero: Que en cuanto a las consideraciones de orden jurídico que deben tenerse presente, es importante en primer término considerar que, como se dijo, los accesos de banda ancha a Internet pueden ser libremente contratados por los ISP a las empresas telefónicas, pero ello no habilita a estas últimas a restringir o impedir arbitrariamente la prestación de servicios de telefonía IP, que desde el punto de vista técnico no se diferencian en nada de las restantes aplicaciones de Internet, pues todas ellas se traducen en transmisión de paquetes de datos cifrados en código binario. Lo anterior,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

toda vez que los accesos de banda ancha corresponden a un servicio que debe ser prestado con pleno respeto a las normas sobre protección a la libre competencia.

Así, la restricción contractual impuesta por CTC sobre la telefonía IP, a juicio de este Tribunal, no tendría otra justificación que impedir que sus clientes abandonen la telefonía tradicional y migren hacia aquélla;

Quincuagésimo segundo: Que en lo concerniente a las alegaciones y defensas de CTC de orden económico, este Tribunal tiene presente que la Ley General de Telecomunicaciones, en su Título V, establece 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 servicios;

Quincuagésimo tercero: Que, por su parte, 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 demás prestaciones que se tarifican por tiempo de uso;

Quincuagésimo cuarto: Que CTC alega que las restricciones contractuales y técnicas para impedir el desarrollo de la tecnología VoIP se justifican en la necesidad de proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario;

Quincuagésimo quinto: Que esta alegación debe ser rechazada, en primer lugar, por el hecho 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 LGT, y su regulación tiene por preciso objeto evitar que dichas empresas fijen tarifas muy altas con el fin de obtener rentas sobrenormales o monopólicas. Si el objeto de dicha regulación fuera la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de proteger inversiones, tendrían que haberse establecido en carácter de precios mínimos, lo que sería impensable en una economía de mercado y podría infringir lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto Ley N° 211, sobre protección de la libre competencia;

Quincuagésimo sexto: Que en efecto, este Tribunal considera 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. Por ello, tales restricciones son anticompetitivas e injustificables, aún en el caso de que efectivamente se requirieran 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 a adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad. Ello es lo propio de nuestro sistema económico y no sólo es legítimo sino también positivo desde el punto vista del bienestar social, pues lleva al desplazamiento de los recursos productivos hacia sus usos más eficientes.

A mayor abundamiento, como acertadamente concluye el informe en derecho agregado a los autos por la parte de Voissnet y que rola a fojas 829 y siguientes, permitir que CTC proteja por su cuenta sus ingresos implicaría validar una suerte de autotutela por parte de la compañía, método de resolución de conflictos que, salvo contadas excepciones, está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico;

Quincuagésimo séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, estos sentenciadores se harán cargo brevemente de algunos de los argumentos que ha presentado CTC en torno a la necesidad de asegurar su financiamiento. Con tal objeto, en primer término, debe hacerse una diferencia entre los ingresos regulados y los ingresos no regulados de esta compañía. La empresa real obviamente se financia con ambos tipos de ingresos. Por otra parte, la prestación de banda ancha es un servicio no regulado que comparte algunos costos con la red telefónica. Para tales casos, la LGT contempla que, tal como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se comparten los costos, se deben compartir los ingresos que genera cada servicio. En efecto, en su artículo 30° E, indica que en casos en que existan activos compartidos, se asignarán los costos correspondientes a servicios regulados y no regulados según la proporción de uso. Así, los ingresos recibidos por la prestación de banda ancha deberían incidir en una reducción de la tarifa fijada a los servicios regulados;

Quincuagésimo octavo: Que, por otra parte, y concentrándose ahora en los ingresos por servicios regulados, es importante aclarar que este proceso se hace cada cinco años en base a, entre otras variables, estimaciones de demanda para el período. Evidentemente la recaudación efectiva que tenga la empresa podrá ser menor o mayor a la proyectada, si el valor efectivo de las variables utilizadas en el proceso tarifario varía durante el período. Esto es, si la demanda aumenta la empresa recaudará más y no se le exigirá a la empresa reducir sus tarifas durante el período aunque la recaudación sea mayor a la necesaria para el autofinanciamiento, y si disminuye, ocurrirá lo contrario. El riesgo que absorbe la empresa regulada está reflejado en la tasa de costo de capital que, en el caso telefónico -precisamente por la velocidad del cambio tecnológico y las posibilidades de enfrentar competencia- es sustancialmente mayor que la de otros sectores regulados que enfrentan menores amenazas, como la distribución eléctrica o la prestación de servicios sanitarios;

Quincuagésimo noveno: Que, en cuanto a la argumentación relativa a los impactos negativos que el uso de la banda ancha para transmitir telefonía IP tendría en la red de CTC y, por tanto, los inconvenientes que significarían para la prestación de servicios telefónicos por parte de esta compañía de telefonía local, la evidencia en autos acredita que los paquetes de información que se envían cuando se utiliza la telefonía IP, son indistinguibles de los que se transmiten cuando se utiliza otra aplicación. Por lo tanto, lo esperable es que el efecto que produzca la telefonía IP en la red de CTC no sea diferente del que producen otras aplicaciones de Internet. Así queda establecido, por lo demás, de los informes técnicos de fojas 1626 y siguientes y de fojas 3022 y siguientes, y en las declaraciones de los testigos Nicolás Beltrán Maturana, a fojas 483, Ricardo Segal Kirberg, a fojas 509, Nicolás Ovando Green, a fojas 595, Ricardo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gutiérrez Gática, a fojas 1812, Ricardo Ramos Robles, a fojas 1828, Patricio Poblete Olivares, a fojas 1849, Nazre El Hureimi Facuse, a fojas 1875, Patricio Cáceres Viedma, a fojas 2000 y Lorena Donoso Abarca, a fojas 2025;

Sexagésimo: Que, por consiguiente, este Tribunal no puede admitir que CTC imponga limitaciones contractuales para restringir la competencia en el negocio de telefonía fija, aún cuando pudiesen éstas tener como finalidad la de proteger sus inversiones en este mercado. Por ello sancionará a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., en razón de haber infringido las normas sobre protección a la libre competencia al imponer barreras artificiales de entrada a la Telefonía IP prestada sobre banda ancha DSL;

IV. En lo concerniente a la imputación realizada por Voissnet a Telefónica CTC respecto de las restricciones de hecho para impedir la prestación del servicio de telefonía IP.

Sexagésimo primero: Que, respecto de la prohibición impuesta por Telefónica CTC a la instalación de equipos por parte de los ISP, los clientes finales y otros terceros, tras el módem ADSL de dicha compañía, debe reafirmarse el criterio establecido en la Resolución N° 215 de la H. Comisión Resolutiva, de 4 de marzo de 1986, pues establecer de forma arbitraria restricciones al usuario, adicionales a los estándares técnicos correspondientes, sin fundamento técnico, legal ni económico, sólo tendría por objeto impedir o restringir la competencia de otros prestadores de servicios.

Así, en cuanto a la alegación de la demandada que la instalación de estos equipos afectaría el servicio de acceso a Internet, dado que ocupan parte del ancho de banda asignado al usuario, entorpeciendo la navegación, ésta debe rechazarse por cuanto la transmisión de VoIP tiene idéntico efecto que el que producen las aplicaciones de Internet en general, y el uso del ancho de banda es precisamente el servicio que el ISP contrata con Telefónica CTC cuando suscribe el contrato Megavía, y por el que ésta recibe el pago acordado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo: Que, concordante con lo señalado en el considerando precedente, no es legítimo que un prestador de acceso a Internet bloquee puertos o direcciones IP determinados sin que existan razones técnicas relevantes que lo justifiquen.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la conducta imputada a Telefónica CTC de bloquear puertos y direcciones IP específicas con el objeto preciso de impedir el servicio ofrecido por Voissnet, éste hecho no fue acreditado fehacientemente en autos. No obstante, este Tribunal considera que ese tipo de restricciones podrían ser utilizadas para asegurar en la práctica el cumplimiento de las restricciones contractuales que se imponen a los ISPs y que han sido tratadas *supra*, por lo que prohibirá cualquier restricción de hecho que impida la prestación del servicio de telefonía IP o de aplicaciones de Internet, que no se justifique estrictamente desde el punto de vista técnico;

V. En cuanto a la discriminación por parte de CTC en las tarifas de los servicios de acceso de banda ancha entre clientes monousuarios y clientes multiusuarios.

Sexagésimo tercero: Que la demandante y la requirente acusaron a CTC de actuar en forma anticompetitiva al discriminar en las tarifas de los servicios de acceso de banda ancha entre clientes monousuarios (con un sólo computador) y multiusuarios (con dos o más computadores) en los contratos Megavía, cobrando una tarifa fija mayor a los segundos que a los primeros. La justificación de CTC para obrar de tal forma radica, según esta compañía, en el hecho de que es esperable que para una misma velocidad de transmisión, un cliente monousuario genere menores volúmenes de información que un cliente multiusuario, y consecuentemente este último ocasione mayores costos que el primero;

Sexagésimo cuarto: Que aunque la justificación que entrega CTC no es necesariamente cierta para todos los casos, la construcción de este modelo de tarificación podría responder a una simplificación razonable de la realidad. Es probable que puedan encontrarse casos en los que clientes monousuarios que se dediquen preferentemente a hacer uso de aplicaciones de Internet que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requieran un mayor ancho de banda cursen mayor tráfico que clientes multiusuarios que utilicen preferentemente su acceso a banda ancha para aprovechar aplicaciones que requieren usar un menor ancho de la misma. Los primeros probablemente ocasionarán mayores costos a la empresa telefónica y al ISP que los segundos. Sin embargo, es probable que, en promedio, los clientes multiusuarios utilicen mayor ancho de banda que los monousuarios;

Sexagésimo quinto: Que, independientemente de que puedan idearse estructuras tarifarias que resulten ser más eficientes que las actuales, lo que podría verse incentivado por la competencia en el mercado de acceso a Internet, este Tribunal 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 usuarios. Por esta consideración, estos sentenciadores no aplicarán sanción alguna a CTC en razón de este cargo específico, pues no se ha acreditado en autos que la distinción entre clientes monousuarios y multiusuarios haya tenido por objeto y efecto restringir la libre competencia.

De cualquier modo, es importante destacar que sí sería contrario a la libre competencia que, bajo el pretexto de hacer efectiva esta distinción entre grupos de clientes, se bloquease de hecho la posibilidad de utilizar determinadas aplicaciones de Internet;

VI. En lo concerniente a la imputación a CTC de celebrar contratos de suministro telefónico en el segmento de corporaciones y grandes empresas, a precios que están por debajo de sus costos.

Sexagésimo sexto: Que la demandante afirma que CTC realizaría empaquetamientos de los distintos servicios que presta a sus clientes, principalmente a grandes corporaciones, y subsidios cruzados desde los servicios regulados a aquellos que no lo están, obteniendo así una ventaja no replicable, ilegítima, y que iría en directo perjuicio de sus competidores. Lo anterior, usando el mecanismo de emitir notas de crédito que incluyen la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prestación de un paquete de servicios, regulados y no regulados, situación que implica no poder discriminar qué tipo de servicio origina las sumas incluidas en esas notas de crédito, y por tanto el precio real cobrado por cada servicio. Así, CTC llegaría a cobrar a algunas de estas grandes empresas valores insostenibles desde un punto de vista económico, aun cuando se justifiquen como descuento por volumen. Solicita que, en consecuencia, este Tribunal modifique los actos y contratos celebrados entre CTC y las grandes empresas y corporaciones a las que favorece con este mecanismo;

Sexagésimo séptimo: Que, respecto de esta acusación, CTC señala que la H. Comisión Resolutiva, en sus Resoluciones números 611 y 709, reconoció que el segmento de grandes empresas, caracterizado por su alto consumo de llamadas locales, presentaba mayor grado de competencia y que, por ello, la autorizó para ofrecer, a los clientes que tengan un volumen importante de tráfico mensual, "Planes de Alto Consumo" alternativos a las tarifas reguladas, todo ello de conformidad al Decreto N° 742 que la propia Subtel dictó para tales efectos y a la Resolución Exenta N° 1.571 de 2004, de la misma cartera. Afirma que es una práctica normal del mercado, en el competitivo segmento de empresas y corporaciones, que los clientes soliciten en sus licitaciones que se les ofrezca una solución integral a sus necesidades de telecomunicaciones (empaquetamiento de servicios), la que por supuesto contempla servicios no afectos a regulación tarifaria, como lo son las centrales privadas, sistemas multilíneas o los servicios de transmisión de datos, por lo que considera que esto no constituye una práctica anticompetitiva;

Sexagésimo octavo: Que en la prueba rendida en autos no se aportaron antecedentes que respalden la imputación señalada, no habiéndose acreditado ni la existencia efectiva de ventas bajo el costo ni las demás condiciones que podrían hacer que la misma pueda ser estimada contraria a la libre competencia, por lo que no se sancionará a la demandada respecto de este cargo específico;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

VII. Demanda reconvencional interpuesta por CTC en contra de Voissnet.

Sexagésimo noveno: Que CTC imputó a Voissnet, en su demanda reconvencional, competir deslealmente en el mercado de las telecomunicaciones en Chile, puesto que: i) utilizaría sin pago alguno la infraestructura de terceros; ii) no se sometería a la regulación a la que sí se sujeta el resto de su competencia, evadiendo en consecuencia los costos de la regulación; y, iii) prestaría, gracias a lo anterior, servicios a precios imposibles de replicar por las compañías que cumplen con el ordenamiento legal en materia de telecomunicaciones;

Septuagésimo: Que este Tribunal desechará este cargo, sin entrar a analizar el fondo de la acusación, puesto que no se ha acreditado en autos que se cumplan en la especie los requisitos que la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N ° 211;

En efecto, no consta en el expediente que la actuación de Voissnet, esto es, la prestación de telefonía IP sobre banda ancha, haya tenido por objeto o efecto alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado de la telefonía local y de larga distancia, que es donde la compañía en cuestión pretendería competir con CTC, siendo, como se ha dicho, esta última empresa, y no Voissnet, la que tiene el carácter de empresa dominante en el mercado.

Efectivamente, es público y notorio que Voissnet no detenta una posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones en Chile, por lo que mal puede haber pretendido mantener dicha posición o incrementarla mediante las conductas reprochadas, ni es pensable que con ello vaya a adquirirla;

VIII. Consideraciones finales en torno a la convergencia tecnológica, la libertad empresarial y el papel de la regulación en el desarrollo de nuevas tecnologías, todo ello referido a la telefonía IP.

Septuagésimo primero: Que es importante dejar establecido que no será atendida la pretensión expuesta por Voissnet S.A. en su demanda, en orden a solicitar a este Tribunal la dictación de instrucciones de carácter general que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deban considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren, en las materias tratadas en el proceso. Lo anterior, en razón de lo dispuesto en el artículo 31º, inciso primero, en relación con el artículo 18º c), ambos del Decreto Ley 211 y en consideración a lo que se resolverá en esta sentencia, todo ello sin perjuicio de lo que se señala a continuación;

Septuagésimo segundo: Que la Voz sobre Protocolo IP es, indudablemente, un servicio de telefonía, en gran medida sustituto de la telefonía tradicional, que es prestado por medio de una tecnología diferente y, en el caso de autos, aprovechando el acceso a Internet por banda ancha. Lo anterior plantea el problema de resolver cómo enmarcarlo en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que se desarrolle de manera eficiente, sin encontrar barreras innecesarias que dificulten ese desarrollo y, a la vez, evitando que se generen distorsiones en el mercado que impidan el mayor beneficio social posible;

Septuagésimo tercero: Que el servicio público telefónico local es considerado por nuestro legislador como un servicio público sujeto a concesión, a una importante regulación técnica y a fiscalización por parte de la autoridad. Ello con motivo del desarrollo histórico de la industria, la que ha sido considerada tradicionalmente como un monopolio natural, debido a los grandes costos hundidos que deben soportar quienes invierten en ella. La intervención estatal se ha materializado en una regulación que ha pretendido recrear condiciones de competencia en el funcionamiento del mercado respectivo, tanto en lo que se refiere al precio como a la calidad;

Septuagésimo cuarto: Que, en opinión de estos sentenciadores, aplicar tal regulación a la telefonía IP sobre banda ancha, no solamente carece de fundamentos jurídicos, según se ha señalado, sino también de fundamentos económicos, pues implicaría imponer cargas públicas innecesarias a una tecnología que puede imprimir un renovado dinamismo en la industria y que, dadas sus características, potencialmente puede darse en un ambiente de competencia, circunstancia que tendería naturalmente a regular en forma eficiente a lo menos la calidad y el precio del servicio;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo quinto: Que, en opinión de este Tribunal, el debate de autos en torno al régimen jurídico que ha de aplicarse a la telefonía IP sobre banda ancha es expresión de la dificultad de encuadrarla jurídicamente en las distintas categorías de servicios de telecomunicaciones, e incluso de la pertinencia de considerar esta telefonía como un servicio de telecomunicaciones en lugar de reputarla una aplicación de Internet que no debería ser regulada más que cualquier otra. Dicha dificultad ha sido acentuada por la falta de definición al respecto de las autoridades regulatorias, en lo relacionado con la telefonía IP;

Septuagésimo sexto: Que, en todo caso, las normas legales y reglamentarias de clasificación de los servicios no parecen ser óptimas dado el actual escenario de un desarrollo tecnológico, que se caracteriza por la convergencia de redes y la integración de servicios de telecomunicaciones. Es evidente que dicho marco regulatorio comienza a presentar dificultades para asimilar las nuevas tecnologías. El conflicto de autos es una muestra de ello y, si bien es posible resolverlo desde el punto de vista de las normas de protección de la libre competencia, el desarrollo del debate jurídico que en él se ha producido da cuenta de que, en materia de telecomunicaciones, los límites son cada vez más difusos y tienden a superponerse con los de las llamadas tecnologías de la información;

Septuagésimo séptimo: Que en nuestro país el principio rector en materia económica es el de la libertad empresarial, la que es garantizada constitucionalmente en el artículo 19° N° 21 de la Carta Fundamental. En razón de tal garantía, sólo la ley puede establecer limitaciones a las actividades económicas, y ello siempre respetando tal derecho en su esencia, según lo dispone el número 26 del mismo artículo. Por ello, en tanto no exista una ley que regule en forma específica y clara una determinada actividad económica, ésta puede ser realizada libremente siempre que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional;

Septuagésimo octavo: Que, en efecto, debe tenerse especialmente presente que la garantía constitucional señalada establece una reserva legal, al menos respecto de los elementos esenciales de la regulación de una actividad económica, lo que no puede ser satisfecho con una fórmula genérica que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

delimite claramente el ámbito, contenido y alcance de ésta, pues de hacerlo se permitiría la restricción de una libertad fundante de nuestro ordenamiento vía remisión a normas de carácter infralegal que, de cualquier forma, en el caso de autos ni siquiera existen. El imprevisible desarrollo de la tecnología y la posible complejidad técnica de la materia no obstan a que sea una norma de rango legal la que establezca los contenidos esenciales de la regulación de las telecomunicaciones, considerando los principios de neutralidad tecnológica y de interés público involucrados;

Septuagésimo noveno: Que, dicho lo anterior, este Tribunal considera muy relevante recalcar que los prestadores de Telefonía IP no debieran encontrar en la falta de una regulación adecuada o en una aplicación ambigua de la existente, una barrera a la entrada a un mercado. Es decir, si el legislador y la autoridad consideran pertinente regular una actividad económica lícita deben hacerlo en el marco de la Constitución y las leyes, pero no pueden impedirla indirectamente al no tomar definiciones en la materia, pues ello infringiría la garantía constitucional antes indicada y, con ello, además, la propia autoridad sectorial encargada, entre otras cosas, de promover la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, estaría restringiéndola;

Octogésimo: Que teniendo en cuenta lo dicho en las consideraciones anteriores, es dable presumir que la telefonía IP no debiera ser objeto de una intervención estatal importante, toda vez que la competencia en el mercado debiera tender a garantizar estándares apropiados de calidad y a establecer la relación entre los distintos precios y calidades. Lo anterior, de no mediar prácticas restrictivas de la libre competencia;

Octogésimo primero: Que, en el caso de que la telefonía IP prestada sobre banda ancha sea finalmente considerada por la autoridad competente como un servicio público de telecomunicaciones, la regulación que efectivamente se le aplique debe ser la mínima necesaria y deberá limitarse a reglar el régimen concesional que se utilice, a asegurar que los prestadores de este servicio cumplan con estándares técnicos mínimos, con el deber de interconexión con otros servicios públicos de telecomunicaciones del mismo tipo -respetando las normas técnicas pertinentes- y normar lo relativo a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cargos de acceso y la asignación de numeración telefónica, considerando la posibilidad de la portabilidad del número, todo ello para que pueda existir una fluida comunicación entre los usuarios de las concesionarias de telefonía IP y los de las concesionarias del servicio público telefónico y una mayor competencia en el mercado. Finalmente, la regulación que eventualmente se adopte debiera hacerse cargo de la tendencia a la convergencia tecnológica, regulando la industria de modo tal que no se produzcan subsidios cruzados o discriminaciones entre las diversas compañías que prestan servicios de telefonía; que se garantice la mayor libertad posible para ingresar al mercado, y se impidan las conductas que dificulten artificialmente dicha entrada;

IX. De la determinación de la multa.

Octogésimo segundo: Que, en ejercicio de las facultades de este Tribunal, para la determinación del monto de las multas, se considerará la gravedad de la conducta acreditada y los efectos perseguidos con la misma, elementos que han sido expuestos en los considerandos cuadragésimo sexto a sexagésimo precedentes. Además, se tendrá en cuenta el nivel de participación de mercado de la demandada y requerida, tanto en el de la telefonía como en el de la oferta mayorista de acceso a Internet por banda ancha, lo que se consignó en los considerandos cuadragésimo sexto y cuadragésimo séptimo.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considerará especialmente, al momento de determinar el monto de la multa, que la reprochabilidad de la conducta sancionada se ve atenuada por la falta de certeza jurídica respecto de las normas a las que se debe supeditar la prestación de VoIP en el país, producto de la carencia de una normativa adecuada que regule en forma clara y específica la materia, en el caso de que se estime necesario hacerlo, y de la interpretación y aplicación ambigua de la que actualmente existe por parte de la autoridad sectorial;

y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º 3º, 18º, números 1) y 4), 19º, 22º, 26º, del Decreto Ley N° 211, y demás preceptos legales citados;

SE RESUELVE:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. EN CUANTO A LAS TACHAS:

- 1) Acoger la tachá opuesta a fojas 425 bis respecto del testigo señor Max Mauricio Weinstein Crenovich, con costas;
- 2) Desechar la tachá deducida a fojas 1861 respecto del testigo señor Eduardo Humberto Saavedra Parra;
- 3) Acoger la tachá invocada a fojas 2519 respecto del testigo señor Eduardo Díaz Corona Jiménez;
- 4) Desechar la tachá opuesta a fojas 2633 respecto del testigo señor Waldo Rafael Maldonado Catalán;
- 5) Desechar la tachá opuesta a fojas 2651 respecto del testigo señor Humberto Alfonso Soto Velasco;
- 6) Desechar la tachá deducida a fojas 2776 respecto del testigo señor Renato Gabriel Aburto Colima;

II. EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

- 7) Acoger la objeción de documento formulada a fojas 1966 por Voissnets.S.A.;

III. EN CUANTO AL FONDO:

- 8) Acoger la demanda de Voissnet S.A., de fojas 21 y siguientes, y el requerimiento de fojas 212 y siguientes, del señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto se declara que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha incurrido en una práctica restrictiva de la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de la demandante Voissnet S.A. y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía; rechazándose, en consecuencia, en todo lo demás solicitado;
- 9) Condenar a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. a una multa a beneficio fiscal de 1.500 (mil quinientas) Unidades Tributarias Anuales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10) Modificar todos los Contratos de Servicio Megavía DSL que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha suscrito con distintos ISPs, eliminando de ellos toda prohibición o restricción al uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de telefonía IP o para enrutamiento (“ruteo”) de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha;

11) Ordenar a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. abstenerse en el futuro de restringir o dificultar, de cualquier forma, por vía contractual o de hecho, el uso de la capacidad de ancho de banda que con ella se contrate para efectuar prestaciones de telefonía IP, así como para enrutamiento (“ruteo”) de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha, así como abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier hecho, acto o convención que tienda a producir dichos efectos;

12) Rechazar en todas sus partes la demanda reconvencional interpuesta por Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A en contra de Voissnet S.A., en el primer otrosí de la presentación de fojas 56 y siguientes;

13) No condenar en costas a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., por no haber sido totalmente vencida y haber tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que los ministros señores Menchaca y Peña estuvieron por aplicar una multa de 1.000 (mil) Unidades Tributarias Anuales, considerando para ello especialmente lo dispuesto en el considerando Octogésimo Segundo, párrafo segundo, de esta sentencia y el monto de las multas solicitadas por el señor Fiscal Nacional Económico en su requerimiento. **Se previene, además,** que los ministros Sra. Butelmann y Sr. Depolo estuvieron por condenar en costas a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., por haber sido totalmente vencida y no haber tenido motivo plausible para litigar en esta sede en lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concerniente a la demanda reconvencional interpuesta por dicha compañía en contra de Voissnet S.A.

Notifíquese y archívese en su oportunidad. Oficiese y transcríbase al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Rol C N° 60-05

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.