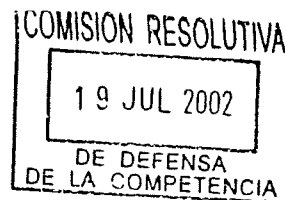


REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
Departamento Jurídico de Investigaciones
Agustinas 853, piso 2
SANTIAGO



86

ORD. N°: 316

ANT. : Denuncia de Entel Chile S.A.
en contra de Enersis S.A., Rol
N° 675 - 02 C.R.

MAT.: Informe del Fiscal.

SANTIAGO, 19 JUL 2002

A: SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISION RESOLUTIVA
DE: FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Esa H. Comisión ha solicitado, al Fiscal infrascrito, informar sobre la presentación del Antecedente, mediante la cual EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A., en adelante Entel, junto con poner en su conocimiento el futuro inicio, por ENERSIS S.A., en adelante Enersis, de la prestación de un servicio público de transmisión de datos, señales de información y comunicación, a través de la red de distribución eléctrica de baja tensión, basado en la tecnología Power Line Communications, también denominada PLC, manifiesta que, a su juicio, por implicar dicha prestación la integración de servicios públicos, debiera ser previamente analizada y aprobada por esa H. Comisión y, en definitiva, ser objeto de la fijación de un marco regulatorio previo, a cuyo efecto propone, en síntesis, que se adopte alguna de las siguientes medidas:

- a) Prohibir a Enersis participar como proveedor de servicios de telecomunicaciones a la comunidad en general, pudiendo sólo arrendar el uso

37

de las redes que controla a terceros que presten servicios de telecomunicaciones a usuarios finales, medida que debiera mantenerse hasta que existan medios alternativos absolutamente equivalentes, técnica y económicamente, para llegar masivamente en forma directa al usuario, de modo de evitar disparidades que se producirían entre proveedores dueños de la red, en este caso Enersis, y aquellos que no son dueños de la misma.

- b) Prohibir a Enersis participar como proveedor de servicios de telecomunicaciones hasta que no se fijen y cumplan los requisitos mínimos para asegurar la libre competencia, si se permite la integración horizontal de esta empresa de distribución eléctrica con el servicio de comunicaciones, en una misma zona de servicio.
- c) Establecer, en caso de que se autorizara la señalada integración horizontal, diversas condiciones, que la denunciante enumera, las cuales debieran cumplirse antes de que Enersis comience a prestar servicios de telecomunicaciones.

Sobre la base de los antecedentes de esta denuncia y de la presentación de Enersis, que obran en el expediente y son de conocimiento de esa H. Comisión, el Fiscal infrascrito cumple con informar lo siguiente:

- I. Los organismos establecidos por el Decreto Ley N° 211, en particular la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica, de acuerdo lo dispone el artículo 6° de dicho cuerpo legal, en relación con sus artículos 1° y 2°, tienen competencia para conocer eventuales atentados a la libre competencia o abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica. En consecuencia, a petición de parte, o de oficio, deben pronunciarse sobre la posibilidad jurídica de que se presten determinados servicios, en cualquier modalidad técnica – por ejemplo, un servicio público de telecomunicaciones, a través de la red de distribución eléctrica de baja tensión, basado en la nueva

tecnología del Power Line Communications (PLC), desde la perspectiva de la libre competencia, que es el bien jurídico tutelado por el Decreto Ley N° 211, y con la única finalidad de resguardarla. En tanto, el pronunciamiento sobre la factibilidad técnica y económica de la prestación del mismo servicio corresponde exclusivamente a los órganos establecidos por la respectiva legislación sectorial.

- II. En tal sentido, el presente informe se emite bajo el supuesto de que, conforme a las legislaciones eléctrica y de telecomunicaciones, cuya supervisión está encomendada a órganos determinados de la Administración, es jurídicamente posible ejecutar el proyecto de incorporación de la tecnología PLC en el mercado de las telecomunicaciones. Corresponde a dichos organismos señalar que no existe impedimento legal alguno vigente, para que Enersis pueda operar comercialmente, sobre la base de dicha tecnología, los servicios públicos intermedios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, descritos por el artículo 3°, letra e) de la ley 18.168, y para que la telefonía IP, que incluye, esté dirigida a la red pública telefónica nacional, y, que por tanto, se puede proceder a otorgar una concesión de servicio intermedio y/o de telefonía local, de conformidad al artículo 8° y siguientes de la Ley 18.168.
- III. Así ocurre, también, por ejemplo, respecto a la necesidad de dilucidar las dudas o remover los obstáculos que generaría, para la puesta en marcha de dicho sistema, el texto vigente del artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, el cual dispone que: “las empresas que posean concesiones de servicio público de distribución sólo podrán destinar sus instalaciones de distribución al servicio público y al alumbrado público” y que fue dictado cuando todavía no podía preverse la innovación tecnológica del PLC. Por

cierto, esta materia es de competencia y resolución, para los efectos de su interpretación y alcance, de la autoridad administrativa sectorial correspondiente.

- IV. Por la misma razón, también corresponde a los organismos sectoriales respectivos determinar, en qué medida, la aplicación de la tecnología PLC a las telecomunicaciones, pudiere generar alguna deficiencia en la calidad del servicio de la distribución eléctrica.
- V. Aunque ya el Sr. Subsecretario de Telecomunicaciones, mediante Oficio que obra en el expediente que esa H. Comisión tiene en su poder, ha manifestado, con anticipación, una opinión favorable a la futura aplicación de dicho sistema de prestación de servicios, Enersis, en su momento, deberá solicitar la correspondiente concesión de tales servicios, de conformidad a las ya citadas disposiciones legales y, en su caso, ceñirse a los demás procedimientos específicos establecidos en la legislación y sus reglamentos complementarios, quedando sujeta a la fiscalización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.
- VI. Establecido lo anterior, en cuanto se refiere a los efectos que, para la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, importaría el ingreso de Enersis al mismo, a través de la prestación de servicio público de transmisión de datos, mediante sus redes eléctricas, basado en el sistema PLC, el Fiscal infrascrito desea formular las siguientes consideraciones:
 1. El sentido final de la libre competencia, como bien jurídico, no radica tanto en sí misma cuanto en su carácter de medio para lograr el bienestar de la comunidad en general, mediante el acceso de ésta, al menor costo posible, a servicios de mayor calidad que le puedan ser ofrecidos por los distintos

agentes económicos, para la satisfacción de sus múltiples necesidades. Si se tiene presente este predicamento, es evidente que la introducción, en el mercado de las telecomunicaciones, del sistema PLC, el cual se comenzó a investigar en la década de los noventa y hoy se encuentra en experimentación o desarrollo en más de treinta países, como toda innovación tecnológica importante promotora del desarrollo industrial, debiera traer, en principio, beneficios para la libre competencia, respecto a los diversos servicios que dicho sistema permite prestar.

2. En efecto, siempre en el ámbito de los principios, la introducción, en dicho mercado, de la oferta de nuevas alternativas y su alcance masivo, que permitiría el acceso a los respectivos servicios de un mayor número de usuarios, así como el ingreso de nuevos operadores, debiera traer, como consecuencia natural, una profundización de la competencia en el sector. En tal sentido, este Fiscal comparte la opinión manifestada por el señor Subsecretario de Telecomunicaciones de que, con la introducción de la tecnología del PLC, "se prevé un aumento de competencia en el mercado de la telefonía fija y, fundamentalmente, de la banda ancha, así como una dinamización del mercado de Internet." Esta opinión se ve reforzada por el hecho de que, en este caso, el nuevo competidor se integrará a un mercado que se desarrolla en un marco de amplia competencia, que se encuentra sujeto a regulaciones y en el cual podría operar una cantidad numerosa de proveedores en este sistema de PLC, hasta el usuario final. Por lo demás, la propia denunciante reconoce que "la incorporación de nuevas tecnologías que permitan ampliar la oferta de servicios de telecomunicaciones es prudente y adecuada".

- VII. No obstante lo anterior, para responder satisfactoriamente la solicitud de informe que esa H. Comisión me ha formulado, resulta imperioso hacerse

31

cargo de algunas objeciones o prevenciones formuladas por la empresa Entel, en la denuncia del Antecedente:

1. En relación con la integración horizontal de servicios públicos en una misma área geográfica, que se produciría al incorporarse Enersis al mercado de las telecomunicaciones mediante el sistema PLC, el Fiscal infrascrito estima que, si se considera que este mercado, aun contando con una empresa que ocupa una importante posición en un segmento del mismo, como es C.T.C., está integrado por una multiplicidad de proveedores que desarrollan un importante grado de competencia entre todos ellos, con alternativas de suministros sustitutivos, la incorporación de un nuevo operador mal puede ser considerada, en una visión de conjunto, como una restricción a esa competencia. Además, dada las condiciones del mercado nacional de las telecomunicaciones, no existe fundamento para asegurar que la circunstancia de ostentar Enersis una posición de carácter monopolístico sobre la distribución eléctrica, que se manifiesta en el control de más de un 60% en el segmento de la generación eléctrica en el Sistema Interconectado Central y de, prácticamente, el 100% de la distribución de la energía eléctrica en la Región Metropolitana, determine, por sí misma y necesariamente, que dicha empresa pudiere alcanzar una posición del mismo carácter en este mercado de las telecomunicaciones, máxime si la participación de ENERSIS en el de la distribución de energía eléctrica se encuentra también regulada.
2. También resulta evidente que la incorporación de Enersis al mercado de las telecomunicaciones, tal como ha sido planteada, es del todo diferente, desde el punto de vista de sus efectos sobre la competencia, a la frustrada pretensión de integración horizontal de Enersis en el mercado de los servicios sanitarios, mediante el control de la empresa de Agua Potable Lo Castillo, a que hace alusión el denunciante, refiriéndose a la Resolución N°

494 de esa H. Comisión, que denegó tal posibilidad. Porque, en efecto, tal situación se refería a dos mercados de características monopólicas y, particularmente, a uno conformado por un monopolio legal de concesión exclusiva, de modo que, de haberse autorizado dicha integración, se hubiese producido un grado de concentración de poder económico que, en el caso de la denuncia del Antecedente, es obvio no se produciría.

3. Mas, sin perjuicio de lo sostenido en el párrafo precedente ha de tenerse en cuenta: a) la posibilidad de que la aplicación de la tecnología PLC al servicio de telecomunicaciones pudiese incidir en las características del servicio de distribución eléctrico, entre otras, la tensión de suministro, la existencia de corrientes armónicas, la producción o favorecimiento de flicker, o bien la disminución de su capacidad de transmisión; b) que, necesariamente, dicha innovación tecnológica incida en la determinación del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) de la empresa distribuidora; y c) que la regulación tarifaria del sistema de distribución de energía eléctrica no habría sido diseñada en términos de ser eficiente para la tarificación de una empresa "multiservicio. Todas estas posibilidades, u otras de similar carácter, debieran ser previstas y consideradas por el organismo técnico competente.
4. Además, resulta indispensable evitar la posibilidad de que, en la organización de este mercado de las telecomunicaciones, sus agentes afecten negativamente, tanto el servicio de electricidad como el suministro del servicio PLC, generando los denominados subsidios cruzados, en perjuicio de los consumidores, que debieran solventar los costos de adecuación o reposición requeridos por el eventual detrimento que, en la calidad del servicio eléctrico, produciría la instalación de, por ejemplo, nuevos generadores o captadores.

VIII. A nuestro juicio, el aspecto que más directamente incidirá, positiva o negativamente, en los efectos que, sobre la libre competencia, provoque la eventual incorporación de Enersis al mercado de las telecomunicaciones, mediante la tecnología PLC, es el que incide en el agente económico que prestará el servicio al cliente final, respecto al cual se plantean las siguientes posibilidades alternativas, cuya dilucidación constituye un aspecto de la mayor trascendencia para el resguardo de la libre competencia: a) que Enersis preste, ella misma, al usuario final, servicios intermedios de telecomunicaciones a través de sus redes eléctricas, mediante una filial concesionaria de dichos servicios; b) que Enersis establezca un "carrier de carriers", esto es, haga de esas redes propias sólo un medio de transmisión de servicios que prestarían otras empresas de telecomunicaciones, las cuales competirían con prestadoras de servicios similares, o c) que establezca dicho "carrier de carriers", pero participando en el mismo otra u otras filiales de Enersis, como usuarios prestadores del servicio final. En relación con este aspecto, me permito formular las siguientes consideraciones:

1. A la circunstancia de que, en el ámbito de las telecomunicaciones, coexisten mercados de servicios muy diversos, pudiendo distinguirse entre ellos servicios públicos y privados; servicios de voz (telefonía) y aquellos de transmisión de datos, televisión por cable e Internet; servicios de telefonía fija y de telefonía móvil; servicios intermedios, etc., en todos los cuales concurren oferentes y demandantes diversos, se agrega que las condiciones de competencia que se observan en cada uno de ellos pueden ser disímiles.
2. Además, es necesario tener presente que, en cada uno de dichos mercados, aquel agente que es titular del derecho de uso sobre las redes de que se sirven los prestadores de los distintos servicios a usuarios o consumidores goza de una evidente preeminencia. En efecto, atendidas las economías de

escala que caracterizan el desarrollo de estas redes de telecomunicaciones, tal como ocurre, análogamente, en las redes eléctricas, de gas u otras, existe una tendencia natural, en el titular de la red, a ser él quien acceda a los clientes finales, tendencia que encuentra su contrapeso en aquella regulación que abre la posibilidad a que otros agentes concurren como competidores en dicho tramo denominado de "última milla".

3. Ahora bien, la circunstancia de que, en un determinado mercado, existan varias redes mediante las cuales se puede llegar a proveer similares servicios - como ocurriría en el caso de que la red eléctrica se incorpore como medio de transmisión de señales de información y comunicación - de las cuales puedan hacer uso otros competidores, no asegura que desaparezca dicha situación de preeminencia. De allí la relevancia que tiene, para el resguardo de la libre competencia, procurar que la cobertura de las diversas redes que puedan coexistir en un mercado sea lo suficientemente amplia y que su utilización por terceros interesados esté garantizada. A nuestro juicio, sólo mediante esta modalidad se puede impedir la presencia de una posición dominante del titular de cada una de las redes, que en un caso como el que analizamos, perjudicaría a la libre competencia. En tal sentido, puede afirmarse que la operación de una red no constituirá un obstáculo a la libre competencia, en la medida que a su titular le sea indiferente quién hace uso de ella, porque su actividad económica se restringirá, en su caso, a obtener lucro por el tráfico que otros, que son competidores entre sí, hacen de ella, sin perjuicio de que tal titular - Enersis, por ejemplo, a través de sus filiales - pueda participar como uno más de esos competidores. Por ello, es teórica y prácticamente recomendable que unas empresas presten los servicios a los usuarios finales y otras, jurídicamente distintas - entre las que pueden contarse, como se dijo, filiales de Enersis, sometidas a claras reglas que eviten la discriminación y los subsidios cruzados- sean proveedoras de la facilidad

951
esencial constituida por la red a través de la cual se accede a dichos usuarios.

4. En el caso particular que nos ocupa, dada la condición de Enersis, en cuanto propietaria de la red eléctrica, el Fiscal infrascrito estima que, aun cuando la o las filiales de esa empresa que participaren como usuarios prestadores del servicio al cliente final lo hicieran previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, y pese a tratarse de un mercado actualmente competitivo, siempre existiría una posibilidad de discriminación, en perjuicio de las otras empresas que actuasen en similar calidad, por cuanto aquella modalidad operaría con una desigualdad originaria en las condiciones de competencia entre estas empresas y aquellas filiales, respecto a elementos importantes, como el acceso de las empresas, en condiciones equivalentes, a la red eléctrica y sus posibilidades de conexión a los distintos puntos de la misma, razón por la cual resulta imperioso enfrentar y hacer lo posible por atenuar aquella desigualdad originaria, mediante las prevenciones que sean necesarias.
5. En consecuencia, se estima, en primer término, que si se desea garantizar la libre competencia en condiciones no discriminatorias, es inconveniente que Enersis participe, directamente o a través de una o más filiales suyas, como proveedor exclusivo de servicios de telecomunicaciones al usuario final y que, en cambio, sería deseable que sólo operara el sistema PLC, mediante la concesión de la utilización de su red eléctrica a otras empresas que deseen prestar servicios a usuarios finales, sea que carezcan de medios de transmisión propios o que éstos requieran ser complementados, sin perjuicio de que una filial suya, a través del sistema PLC, pueda competir con aquellas, en garantizadas condiciones de igualdad y sujetas a las disposiciones de la Ley N°18.168, la cual establece que los concesionarios de servicios públicos telefónicos y de

servicios intermedios deben organizarse como personas jurídicas diferentes, y debiendo constituirse, desde luego, tal filial, como sociedad anónima abierta, sometida al cumplimiento de las normas legales de transparencia.

6. Por último, sobre la base de la experiencia práctica ocurrida en el mercado de las telecomunicaciones y en otros mercados, manifestada en numerosos casos que han sido objeto de conocimiento de los organismos antimonopolio, con posterioridad a la dictación de la Resolución N° 389, este Fiscal se permite destacar la necesidad de que, en el caso de que Enersis entre a operar, mediante la ya aludida tecnología PLC, en el mercado de las telecomunicaciones, con las modalidades indicadas en los párrafos precedentes, la H. Comisión Resolutiva establezca prevenciones explícitas destinadas a garantizar que dicha empresa cumpla con las obligaciones de dar a los agentes del mercado un trato no discriminatorio en el acceso a la red de transmisión de energía eléctrica y se abstenga de establecer cualquier tipo de subsidio, explícito o implícito.
- IX. Un aspecto que, a nuestro juicio, requeriría de una mayor revisión, con la finalidad de que la resolución que recaiga en la denuncia del Antecedente no genere ningún tipo de aprehensión en los agentes del mercado, es el relacionado con los montos de inversión requeridos para implementar el nuevo sistema de transmisión que ofrecerá Enersis, dado que, al ostentar esta empresa la calidad de propietaria de las redes de transmisión hasta el usuario final, no deberá asumir el costo de su instalación, como han de hacerlo quienes operan mediante una red física de telecomunicaciones. Cabe hacer presente que Enersis proporcionó una serie de antecedentes destinados a refutar la afirmación del denunciante, en el sentido de que los costos de un competidor, para la instalación de un sistema de telecomunicaciones, serían hasta un 400% más altos que los de dicha empresa, señalando que, en su caso, para la aplicación del sistema PLC requeriría de importantes instalaciones adicionales y obras complementarias, como son las siguientes:

97

instalación de un centro de gestión; la construcción de una red de telecomunicaciones, principalmente de fibra óptica, o el arriendo del todo o parte de la misma a terceros; la instalación de equipos cabecera PLC y de equipos repetidores PLC en cada hogar; y la instalación de un módem cliente, que recoge la señal directamente de la red eléctrica a través del enchufe; a lo cual debiera sumarse los costos comerciales para su implementación y posicionamiento en el mercado, de modo tal que las inversiones por abonado, para implementar el sistema PLC serían, según Enersis, similares a las necesarias para materializar otras tecnologías disponibles, salvo en el tramo de acceso al cliente final, en que serían levemente inferiores. Sin embargo, estimamos que, para poder formarse una opinión rigurosa sobre este aspecto particular, se requeriría, en la etapa procesal que corresponda, si así lo estima conveniente esa H. Comisión, contar con los antecedentes contenidos en un estudio económico, que permitan formarse tal opinión.

- X. En virtud de todo lo expuesto, a juicio de este Fiscal, la prestación, por Enersis, de un servicio público de transmisión de datos, señales de información y comunicación, a través de la red de distribución eléctrica de baja tensión, basado en la tecnología Power Line Communications, no debiera constituir una situación que elimine, restrinja o entorpezca la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, en los términos del Decreto Ley N° 211.

Sin perjuicio de esta conclusión y sobre la base de todas las consideraciones formuladas, el Fiscal infrascrito recomienda a esa H. Comisión:

- a) Resolver que, en todo caso, la participación de Enersis en el mercado de las telecomunicaciones, mediante la operación del sistema PLC, se realice mediante la concesión de la utilización de su red eléctrica a otras

98
empresas que deseen prestar servicios a usuarios finales, pudiendo incluir filiales suyas.

- b) Establecer precisas y explícitas prevenciones destinadas a que, si una filial de Enersis, que deberá constituirse como sociedad anónima abierta, entrare a competir con otras empresas como prestatario de servicios al usuario final, lo haga en inequívocas condiciones de igualdad, que garanticen, a los agentes del mercado, un trato no discriminatorio en el acceso a la red de transmisión de energía eléctrica.
- c) Establecer una prevención clara, destinada a impedir que la incorporación de Enersis, propietaria de la red de distribución eléctrica, al mercado de las telecomunicaciones, mediante la aplicación del sistema PLC y los servicios asociados a esta tecnología, permita establecer cualquier tipo de subsidio cruzado, explícito o implícito, en perjuicio de los consumidores de energía eléctrica o, en su caso, de los de telecomunicaciones.
- d) Que, sobre la base de las resoluciones y prevenciones recomendadas en los párrafos inmediatamente precedentes, se encomiende a la Fiscalía Nacional Económica realizar una fiscalización del debido cumplimiento de aquéllas.

Cumplidas las resoluciones y prevenciones recomendadas, esta Fiscalía Nacional Económica estima que la incorporación del sistema de transmisión sobre la base de la tecnología PLC debiera traer, como consecuencia natural, una profundización de la competencia, en el mercado de las telecomunicaciones.

Saluda atentamente al señor Presidente


PEDRO MATTAR PORCILE
Fiscal Nacional Económico

COMISION RESOLUTIVA

Santiago, treinta y uno de julio de dos mil dos.

Por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica, mediante oficio N° 316, de 19 de julio en curso.

Vistos, atendido el mérito de los antecedentes, se resuelve:

- 1°.- Avocarse al conocimiento de la materia expuesta en la petición principal del escrito de fs. 5;
- 2°.- Dar traslado de la presente resolución, de la presentación de fs. 5 y de los informes de fs. 29 y 86, evacuados por la Subsecretaria de Telecomunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica, respectivamente, a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. y a Enersis S.A., por el término de 15 días hábiles;
- 3°.- Póngase en conocimiento de la Subsecretaria de Telecomunicaciones el informe de la Fiscalía Nacional Económica;
- 4°.- Rechazar la medida precautoria solicitada en el primer otrosi del escrito de fs. 5.

Notifiquese por cédula.

Rol N° 675-02.

