

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE LA VIVIENDA Y URBANISMO Y OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA
SUBDIVISIÓN DE AUDITORÍA E INSPECCIÓN

REF :12.426/05
55.536/05
5.764/06
VUOPT: 1.394
S.J. : 2.211
MIC/BSP/MMM

**CURSA DECRETO N° 30, DE 2005,
DE LOS MINISTERIOS DE
TRANSPORTES Y TELECOMUNI-
CACIONES Y DE ECONOMÍA, FO-
MENTO Y RECONSTRUCCIÓN Y
SE REFIERE A PRESENTACIONES
DE MANQUEHUE NET S.A.**

SUBTEL
N° Ingreso: 20070
Fecha: 03/03/2006

2007020060303

SANTIAGO, 03 MAR 2006 *10104

Mediante el documento indicado en la suma se fija la estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios afectos a fijación tarifaria suministrados por Manquehue Net S.A para el período 2004-2009, el cual se ha remitido a esta Entidad de Fiscalización para su control previo de juridicidad.

Por su parte, los señores Jorge Troncoso Ruiz y Luis Alberto Domínguez Covarrubias, en representación de la empresa individualizada en la referencia, solicitan a la Contraloría General que se abstenga de tomar razón del referido decreto haciendo valer diversas consideraciones conforme a las cuales, en su concepto, el acto administrativo señalado adolecería de ilegalidad.

Argumentan, en síntesis, que se utilizó un mecanismo contrario a derecho para establecer las tarifas de los servicios prestados a través de las interconexiones con las demás empresas, especialmente en lo relativo a los cargos de acceso por uso de red, lo que a su juicio genera una grave distorsión en los cálculos propuestos en su estudio tarifario. Además aducen la improcedencia de fijar tarifas a su representada para el servicio de transmisión y/o conmutación de señales provistos como circuitos privados, lo cual importa una infracción a la normativa legal, ya que no corresponde que a dicha empresa se le fijen tarifas a público, ni directa ni indirectamente, vale decir que la Subsecretaría de Telecomunicaciones ha hecho extensivas las exigencias de desagregación de redes a las empresas no dominantes, interpretando erradamente la Resolución N° 686, de 20 de mayo de 2003, de la H. Comisión Resolutiva Antimonopolios.

Asimismo, alegan ilegalidad y arbitrariedad del Órgano Regulatorio tanto en la determinación de los costos de

62-146

**AL SEÑOR
MINISTRO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES,
PRESENTE**

SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES
CABINETE
N° DOCUMENTO 10 609
UNIDAD Div. Jurídica
FECHA 06 MAR 2006

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

inversión técnica relacionada con la ubicación de las unidades remotas de líneas como en la asignación de partidas de costo de unidades remotas de líneas en los cargos de acceso, y respecto de la distribución horaria del tráfico a su representada.

La Subsecretaría de Telecomunicaciones, en respuesta al informe requerido por este Organismo de Control, ha remitido el Ord. N° 40.684 / DJ 208, de 2005, en el cual manifiesta, en síntesis, que la autoridad administrativa está obligada a fijar tarifas en base a una empresa eficiente y no en base a los costos en que incurre la empresa real. Así, la regulación tarifaria no sólo debe ajustar éstas a los costos sino que considerar aquellos que tendría la empresa si existieran los incentivos económicos presentes en un régimen de competencia, esto es, la máxima eficiencia posible dada la tecnología disponible. De acuerdo a los principios económicos y a lo previsto en el artículo 30 C de la ley 18.168, lo correcto es que las tarifas que se fijen reflejen la situación que enfrentaría una firma que inicia su operación, tal como sucede en los mercados competitivos en donde los aranceles se fijan de acuerdo a la estructura de costos de las empresas más eficientes y no de aquéllas que presentan una mayor antigüedad en el mercado u otra característica ajena a los principios de eficiencia.

Agrega que el modelo presentado por la concesionaria en su estudio tarifario adolece de falencias que lo hacen inaplicable para los efectos de un proceso como el que establece la ley ya que únicamente muestra lo necesario para la prestación de aquellos servicios denominados variables, entre los cuales se encuentra el servicio de acceso a la red de la concesionaria, además de servicios no regulados en su caso, como el Servicio Local Medido (SLM) y el Tramo Local, haciendo una separación de éstos para efectos del cálculo de las tarifas y aplicando una distribución en función del uso de los activos sólo en su etapa final. Lo anterior -como consta a lo largo del proceso de la especie y se indica en el Informe de Sustentación- sería económicamente incorrecto, por cuanto dicha separación debe realizarse en forma previa al cálculo del Costo Incremental de Desarrollo o del Costo Total de Largo Plazo, según sea el caso.

Hace presente la Autoridad informante, frente al reclamo de la concesionaria que alega una errada interpretación por parte de esa Subsecretaría de la Resolución N° 686, de 2003, de la Comisión Resolutiva, en cuanto a fijar tarifas por los servicios de transmisión y/o conmutación de señales provistos como circuitos privados, que no resulta procedente atendida la literalidad de la disposición contenida en el resuelvo tercero de dicha Resolución.

Asimismo, señala que la Empresa Manquehue Net S.A. mediante el Recurso de Protección N° 2598-03 impugnó el oficio por el cual esa Subsecretaría de Telecomunicaciones dio inicio al correspondiente proceso tarifario y requirió a la concesionaria para que presentara su propuesta de Bases Técnico Económicas, recurso que fue rechazado por la I.Corte de Apelaciones de Santiago mediante sentencia de 30 de abril de 2003, confirmada por la Excma. Corte Suprema a través del fallo de 28 de noviembre de 2003, en causa Rol N° 5.431-03, encontrándose ejecutoriada a la fecha.

Finalmente aduce que, recogiendo observaciones de este Organismo Contralor respecto de otros procesos

tarifarios en curso, se realizaron algunas modificaciones en el cálculo de determinadas tarifas, lo cual se ve reflejado en el decreto que se reingresa, para su toma de razón, así como en el Informe de sustentación que le acompaña.

En relación con la materia, corresponde manifestar en primer término que el decreto en examen es el resultado del procedimiento reglado de fijación de tarifas aplicable en particular a cada una de las concesionarias. Ahora bien, la autoridad administrativa se encuentra dotada de facultades para fijar aquellas de los servicios afectos a regulación, y en el ejercicio de tal labor debe ceñirse a la normativa contemplada en el Título V de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 y en el decreto N° 4, de 2003, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprobó el reglamento que regula el Procedimiento, Publicidad y Participación del Proceso de fijación tarifaria establecido en la ley. Asimismo constituyen fuente fundamental de los derechos y obligaciones de los participantes en este proceso las Bases Técnicas Económicas, aprobadas mediante la resolución exenta N° 657, de 2003, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Acorde con lo anterior, al efectuar el examen de juridicidad del instrumento en análisis este Organismo de Control ha debido verificar si se ha observado el marco normativo precitado.

Al respecto debe señalarse que el artículo 29 del citado texto legal contempla como regla general la libertad de precios o tarifas, pero dispone que en caso de servicios telefónicos en que existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva creada por el decreto ley N° 211, de 1973, actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, "en cuanto a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad de tarifas, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este Título".

Por su parte, en los artículos 8° al 11°, incluidos en el capítulo II del mismo reglamento, se contiene la normativa sobre bases técnicas económicas aprobadas en el proceso de fijación tarifaria.

Enseguida, el artículo 30 del cuerpo de normas aludido, establece que la estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios afectos serán fijados por la autoridad cada cinco años sobre la base de los costos incrementales de desarrollo del servicio respectivo, considerando los planes de expansión de las empresas a implementarse en un período no inferior a los siguientes cinco años de acuerdo a la demanda prevista.

Ahora bien, para estos efectos y de conformidad con lo establecido en el artículo 30A de la ley aludida, se considerará en cada caso, una empresa eficiente que ofrezca sólo los servicios sujetos a fijación tarifaria, y se determinarán los costos de inversión y explotación incluyendo los de capital, de cada servicio en dicha empresa eficiente, los cuales se limitan a los indispensables para que la empresa pueda proveer los servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación tarifaria.

A su turno, el artículo 30 C en su inciso segundo, determina que el cálculo considera el diseño de una empresa

CONTRATORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

eficiente que parte desde cero, realiza las inversiones necesarias para proveer los servicios involucrados, e incurre en los gastos de explotación propios del giro de la empresa, en consideración a la vida útil de los activos, la tasa de tributación y la tasa de costo de capital, obteniendo una recaudación compatible con un valor actualizado neto del proyecto igual a cero.

En estas condiciones no resulta atendible el reclamo de la Compañía Manquehue Net S.A. en el sentido de que existirían errores en el mecanismo empleado por el ente regulador en la determinación de los cargos de acceso al fijársele un valor de \$6,864 por minuto, en horario normal, por debajo de lo determinado y presentado por ella - \$11,982 por minuto - dado que no se habrían considerado antecedentes concernientes a los datos de entrada del modelo tarifario de la concesionaria, valores unitarios y criterios de dimensionamiento de red, todos elementos que corresponden a la empresa real y cuya pertinencia no podría desconocer la Autoridad Administrativa. Lo anterior por cuanto de conformidad a los principios económicos y a lo consignado en el artículo 30C de la ley mencionada, lo procedente es que las tarifas reflejen la situación que enfrentaría una firma que inicia su operación y que no tiene historia, tal como sucede en los mercados competitivos en donde las tarifas se fijan de acuerdo a la estructura de costos de las empresas más eficientes y no de aquellas que presentan una mayor antigüedad en el mercado u otra característica ajena a los principios de eficiencia, de modo que la aseveración de la concesionaria en orden a que las características tecnológicas y la topología de su red propia justificarían técnicamente el nivel del cargo de acceso por ella propuesto, carece de todo fundamento, toda vez que los costos de la empresa eficiente se establecen para una determinada calidad de servicio, no siendo procedente que costos superiores a los eficientes sean traspasados a los usuarios.

A mayor abundamiento, corresponde puntualizar que en el acápite IV, punto 1.1, del Informe de Sustentación se precisa que "Telefónica CTC y la concesionaria no son directamente comparables, ya que hay dos diferencias relevantes entre la concesionaria y la empresa mencionada: a) por razones históricas, las zonas de concesión de Telefónica CTC cubren prácticamente toda el área urbana de las localidades donde ofrece el servicio, en cambio hay empresas como Manquehue Net que ingresaron posteriormente al mercado escogiendo selectivamente sus zonas de concesión; y b) Telefónica CTC tiene tarifas a público reguladas, no así la concesionaria.

Por otra parte, frente al reclamo de la recurrente en orden a que el Órgano Regulador incurre en una manifiesta ilegalidad al aplicarle normas sobre desagregación de redes a una empresa no dominante y tarifas a algunos servicios propios de ese sistema, estableciendo valores fijos para cada servicio, cabe señalar que la Comisión Resolutiva Antimonopolios, por resolución N° 686, de 20 mayo de 2003, declaró, en su resuelvo tercero: "que los servicios de transmisión y /o conmutación de señales provistos como circuitos privados, se deberán regular respecto de todos los prestadores. Asimismo, se deberá proceder a la fijación de tarifas, respecto de todos los proveedores, de las facilidades para la aplicación de la portabilidad del número, cuando existan las condiciones técnicas y económicas que lo hagan viable, según lo determinen los respectivos Ministerios", en armonía con lo indicado en el considerando décimo de la misma resolución.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Por ello, es menester considerar, tal como lo ha manifestado esta Entidad de Control mediante dictamen N° 15.936 de 2004, que si bien el resuelvo primero de la resolución N° 686, precitada señala "Que las actuales condiciones del mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, por lo que los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción, y de Transportes y Telecomunicaciones deberán fijar las tarifas de los servicios que se detallarán, suministrados por las compañías dominantes que se indican, en los lugares que señala..", el mismo instrumento en su considerando tercero previene que " esta Comisión considera importante destacar que el porcentaje de participación de mercado de un actor no es el único factor relevante para analizar las condiciones de competencia de éste". Es decir, con esta declaración la Honorable Comisión Resolutiva dejó en claro que en ningún caso la fijación tarifaria se restringe a las empresas dominantes que menciona en su resuelvo primero, sino que también comprende la de otros prestadores que no tienen tal calidad, como lo estableció en el resuelvo tercero.

A la vez, conviene destacar que, contrariamente a lo que expone la empresa peticionaria, la norma legal precitada no contempla como presupuesto básico para su aplicación que las empresas posean el carácter de dominantes en el mercado de las telecomunicaciones. Por ende, no resulta contrario a derecho que la Subsecretaría cumpla con el mandato contenido en el resuelvo N°3 de la Resolución N°686 de 2003, ya aludida, respecto de la empresa Manquehue Net S.A., que no posee el carácter de dominante.

Por otra parte en lo que concierne a la eventual ilegalidad de la extensión de la desagregación de redes a las empresas no dominantes, corresponde precisar que el resuelvo cuarto de la resolución N° 686, del aludido Tribunal Antimonopolios prevé que "con el objeto de profundizar la competencia, se declara que es fundamental garantizar la efectiva desagregación de redes".

Asimismo, resulta útil anotar que el artículo 3°, letra b) de la ley del ramo precisa que los servicios públicos de telecomunicaciones están destinados a satisfacer las necesidades de comunicaciones de la comunidad en general, es decir, en esta disposición el legislador deja en claro que en ningún caso se restringe el otorgamiento del uso sobre medios por parte de sus titulares a otros permisionarios o concesionarios, sino que la propicia, lo cual está acorde con la propia naturaleza y finalidad de los servicios públicos, que es la de satisfacer las necesidades de la comunidad. Por ende, el servicio de circuitos privados constituye una parte del servicio público telefónico y se presta al amparo de una concesión de servicio público.

Por consiguiente, procede desestimar la impugnación de Manquehue Net S.A., relativa a no aplicar la desagregación a las empresas que no revisten el carácter de dominantes.

Sin embargo, corresponde hacer presente que el acto sometido a control de juridicidad no es el mecanismo idóneo para regular o reglamentar una eventual desagregación de redes, ya que ello excede de su finalidad y ámbito de acción -tarificación de los servicios señalados en la Resolución N° 686, de 2003, de la Comisión Resolutiva-. Por ello, en la oportunidad que la Administración dicte el instrumento que regule la desagregación con parámetros objetivos y precisos, esta Entidad emitirá un

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

pronunciamiento definitivo respecto de su jurisdicción acorde con el contenido del acto administrativo sometido a examen (Aplica dictamen N° 6.604 de 2005).

Es dable consignar, además, que la contratación de servicios desagregados correspondientes a los servicios de transmisión y /o conmutación de señales provistos como circuitos privados, supone un acuerdo comercial entre las partes, donde la concesionaria cuyos servicios desagregados se contratan debe informar al requirente sobre sus tarifas a público y el valor que alcanzan sus tarifas por concepto de desagregación de red. Dicha información debe ser conocida y /o proporcionada oportunamente para hacer posible tal contratación en términos no discriminatorios.

En cuanto al reclamo sobre la eventual ilegalidad y arbitrariedad en la determinación de los costos de inversión técnica, relacionada con la ubicación de las unidades remotas de líneas como en la asignación de partidas de costo de unidades remotas de líneas en los cargos de acceso, establecidos en el decreto en estudio, cabe consignar que no resultan atendibles las aseveraciones realizadas por la concesionaria por cuanto, de conformidad a lo previsto en el artículo 30 C de la ley, ya mencionado, corresponde que las tarifas que se fijen reflejen la situación que enfrentaría una firma que inicia su operación y que no tiene historia, de modo que la argumentación de la concesionaria en orden a que las características tecnológicas y la topología de su red propia, justificarían técnicamente un nivel de cargo distintos a los establecidos, carece de fundamento, toda vez que los costos de la empresa eficiente se establecen para una determinada calidad de servicio, no siendo procedente como antes se hiciera presente, que costos superiores a los eficientes sean traspasados a los usuarios.

De esta manera y contrariamente a lo que pretende la concesionaria, teniendo en consideración lo previsto en los artículos 30A y 30C de la ley, así como las Bases Técnicas Económicas Definitivas el proyecto técnico de la empresa real no es homologable al de la empresa eficiente ya que la estructura de la primera no tiene porque replicarse en el diseño de la segunda, menos aún cuando ello no implica un tratamiento más eficiente de los costos de producción. En efecto la empresa real es libre para determinar, de acuerdo a sus criterios de operación, sus emplazamientos de red- tales como la cantidad y ubicación de las aludidas unidades remotas de líneas (URL)- sin embargo, ello no tiene porque redundar en una traslación de mayores costos que los indispensables para proveer el servicio.

Es dable consignar además, que el modelo utilizado por la autoridad en la determinación de las tarifas de las distintas concesionarias, corresponde en términos estructurales al mismo utilizado en las otras empresas sujetas a regulación tarifaria, contemplando la misma matriz de asignación de costos.

Asimismo, conviene tener presente que el ejercicio de la atribución que tiene la autoridad en esta materia importa la potestad de evaluar y ponderar el mérito de los antecedentes que se han consignado durante el proceso tarifario, tanto en lo que se refiere a la propuesta como a la contraproposición a que ella da lugar, de tal modo que la decisión que se adopta sea el reflejo de los estudios técnicos que justifican en uno y otro caso los valores correspondientes, toda vez que es la Administración



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

conforme a lo previsto en el artículo 30J de la ley 18.168, la que, sobre la base de la ponderación técnica y económica que a ella compete, debe resolver "en definitiva" acerca de las tarifas que regirán el servicio afecto. Aplica dictamen N° 30.127 de 1999.

En tales condiciones, procede desestimar la observación planteada en este sentido por la empresa concesionaria.

Enseguida, en cuanto a la eventual ilegalidad y discriminación de la distribución horaria cabe precisar que se ha podido constatar que durante el proceso tarifario, en la etapa del Informe de Modificaciones e Insistencias -I M I-, la concesionaria no aceptó la contrapropuesta de los Ministerios, insistiendo en utilizar su propia distribución de tráfico (pág. 22 del I M I), a raíz de lo cual el Órgano Regulador procedió a realizar una nueva estimación de distribución horaria del tráfico que tuviera en cuenta la demanda particular que debe atender la empresa eficiente modelada, acorde con la información oficial contenida en sus bases de datos que es proporcionada por las mismas concesionarias periódicamente.

Por otra parte, en cuanto a la comparación efectuada con otras concesionarias locales, que plantea Manquehue Net S.A., no es efectivo que sería la única a la que se le habría determinado una distribución horaria de tráfico diferente, por cuanto en los procesos tarifarios de GTD Telesat, así como de la Compañía de Teléfonos de Coyhaique, se utilizaron distribuciones de tráfico propias y acordes a la demanda que atienden, de los cuales el segundo se encuentra afinado y tomado de razón por esta Contraloría General.


Finalmente respecto de lo argumentado por la recurrente en el sentido de que a las compañías móviles se les aplicó un criterio único en la distribución del tráfico para todas ellas, cabe reiterar, que cada proceso tarifario es exclusivo e independiente de cualquier otro, donde la determinación de las tarifas es el resultado de la ponderación y evaluación realizada por la Autoridad Administrativa, de la totalidad de los antecedentes acumulados en el proceso y de la razonable justificación técnica y económica de éstos. Por lo tanto tampoco resulta atendible este reclamo.

Con el mérito de las consideraciones expuestas se concluye que el decreto N° 30, de 2005, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, mediante el cual se fija la estructura, nivel y mecanismos de indexación de las tarifas de los servicios afectos a fijación tarifaria suministrados por Manquehue Net S.A., para el quinquenio 2004-2009, efectuadas las correcciones pertinentes, se ajusta al marco jurídico que le resulta aplicable, por cuyo motivo se ha procedido a darle curso legal.

Net S.A.

Transcríbese a la empresa Manquehue

Saluda atentamente a US.,


GASTON ASTORQUIZA ALTANER
Contralor General de la República
Subrogante