

Santiago, once de diciembre de dos mil dieciocho.

Al escrito folio N° 29.035-2017: estése al estado de la causa.

VISTOS:

En causa rol N° 15.389-2017, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros", Netline Mobile S.A. ("Netline"), Telecomunicaciones Max Limitada ("Telcomax") y OPS Ingeniería Limitada ("Ops") interpusieron sendas demandas en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A., ("Entel"), Claro Chile S.A. ("Claro") y Telefónica Móviles Chile S.A. ("Movistar") imputándoles el incumplimiento de la sentencia dictada por esta Corte con fecha 23 de diciembre de 2011 e infracción reiterada del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al haber ejecutado prácticas exclusorias, discriminación de precios y abuso de posición dominante en el mercado de telefonía móvil, para impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia; lo anterior, debido a que, según expresan, las demandadas habrían creado barreras artificiales de entrada consistentes en la negativa de entrega de una oferta de facilidades, en los términos establecidos por la referida sentencia de este Tribunal, y en la discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento de márgenes.



Por sentencia de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, escrita a fojas 9206 y siguientes, el TDLC rechazó, sin costas, las demandas presentadas por las indicadas compañías, decisión respecto de la cual cada una de las actoras y, además, la demandada Telefónica Móviles Chile S.A., interpusieron sendos recursos de reclamación para ante esta Corte Suprema.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su recurso Telcomax sostiene, en primer lugar, que la sentencia impugnada se contradice con el mérito de autos, pues soslaya una multiplicidad de pruebas que demuestran que las demandadas han logrado limitar la competencia en el mercado relevante de que se trata.

Añade enseguida, a propósito del pronunciamiento de esta Corte de diciembre de 2011 por cuyo intermedio se dispuso que cada una de las demandadas debía presentar una "oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales", que el principal objeto de la decisión es permitir el ingreso de Operadores Móviles Virtuales ("OMV") al mercado de la telefonía móvil en condiciones competitivas, y en cualquiera de las distintas modalidades de operación (sea como OMV completo, intermedio, liviano o simple revendedor). En este sentido asevera que los sentenciadores yerran al atender únicamente



a la literalidad del fallo de esta Corte, pues, desoyendo su afán procompetitivo, deciden, conforme a un examen exegético de sus términos, que las demandadas no están obligadas a presentar ofertas de facilidades y de reventa, sino que pueden optar por presentar una, otra o ambas, ignorando de este modo las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil.

En esta perspectiva añade que la indicada finalidad procompetitiva no fue cumplida por las demandadas, cuyas ofertas no fueron económicamente viables. Así, aduce, que los precios incluidos en éstas son excesivos y discriminatorios, respecto de los importes minoristas que las compañías aplican en sus propios planes, de lo que deduce que impiden a los OMV competir, puesto que los segmentos de mercado en que los márgenes resultan positivos son ínfimos y corresponden, en general, a clientes de prepago de muy poco consumo, quedándoles vedado el resto del mercado.

Expresa, además, que las propuestas presentadas contienen otro grave defecto, cual es que no hacen diferencia alguna respecto de la mayor o menor cantidad de elementos de red que aporte el OMV, pese a que, como lo señala la literatura especializada, es posible distinguir entre OMV completo, que es aquel que posee su propia red, y OMV liviano, que prácticamente no posee elementos de red,



circunstancia que, a su juicio, debería reflejarse en los precios mayoristas.

Más adelante expone que, en conjunto, las demandadas concentran cerca del 95% del mercado relevante, sin que se haya verificado un crecimiento relevante en la participación que en él cabe a los Operadores Móviles Virtuales. Al respecto rechaza lo concluido en el razonamiento centésimo cuadragésimo séptimo del fallo censurado, en tanto asevera que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas ofrecidas por las demandadas fueron utilizadas por otros OMV en sus respectivos ingresos al mercado, puesto que, si bien se han suscrito contratos con tal fin, en la práctica tales condiciones no han sido económicamente viables. Más aun, sostiene que, en los hechos, estos OMV tienen una participación de mercado muy modesta y que ello se debe a que las empresas demandadas han empleado diversas maniobras anticompetitivas con tal fin, en particular la falta de ofertas de facilidades adecuadas; todavía más, indica que varios OMV, que se citan como ejemplos de "éxito" ya han cerrado sus puertas o están a punto de hacerlo, circunstancia que, sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no considera al resolver. Más aun, estima altamente probable que esas ofertas aceptadas correspondan a planes diseñados ex profeso por las



demandadas para permitir que los nuevos actores copen sólo una ínfima porción del mercado.

Enseguida rechaza la decisión de la FNE de archivar su investigación, pues, por una parte, pugna con el mérito del informe de esa misma entidad de 9 de junio de 2012, en el que se concluye que las propuestas presentadas por las demandadas no cumplen las exigencias previstas en el fallo de esta Corte de 23 de diciembre de 2011, sin que hayan variado las circunstancias existentes a la fecha de su emisión, y también, por otra parte, por cuanto ignora que el plazo para cumplir lo ordenado por este Tribunal venció 90 días después de ejecutoriado el fallo que así lo dispuso, vale decir, en abril de 2012, y no en el mes de junio de 2014, cuando la FNE archivó su investigación. En esas condiciones aduce que la Fiscalía Nacional Económica abandonó sus deberes al no requerir a las referidas empresas por incumplir lo ordenado en el fallo tantas veces citado, al menos por el lapso de veintiséis meses previo a la indicada decisión de archivo, máxime si ella misma reconoce al archivar que "las propuestas originales presentadas por las tres empresas no satisfacían los estándares de cumplimiento definidos por esta Fiscalía".

Alega que las conductas reprochadas a las demandadas, en cuanto impiden que los operadores móviles virtuales puedan competir con ellas, salvo en segmentos muy delimitados del mercado, reflejan la existencia de



estrangulamiento de márgenes y de discriminación arbitraria de precios, esto es, de actuaciones contrarias a lo prescrito en el Decreto Ley N° 211 y a lo ordenado por esta Corte Suprema en la tantas veces citada sentencia de diciembre de 2011, destacando al efecto que, en muchos casos, los márgenes resultantes de las ofertas formuladas serían negativos, y que, incluso, de ser positivos resultarían insuficientes para cubrir los demás costos de una OMV.

Añade más adelante que el proceder de las demandadas amerita que se les castigue con la imposición de sendas multas, que deben ser reguladas en el máximo previsto en la ley, puesto que concurren todas las circunstancias contempladas en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211. Sostiene que, en efecto, las indicadas compañías han obtenido pingües beneficios económicos como consecuencia de la infracción que se les reprocha, conducta que califica de grave y en la que, además, han reincidido, de modo que sólo la aplicación de una sanción de 20.000 Unidades Tributarias Anuales para cada una podría disuadirlas de obrar de la misma manera en lo sucesivo, considerando en particular que la posición dominante que detentan en el mercado las obliga a adoptar un comportamiento especialmente diligente.

Termina solicitando que se enmiende la sentencia recurrida y, en su lugar, se acoja íntegramente la demanda



de su parte, con costas, aplicando a las demandadas una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que se determine.

SEGUNDO: Que, a su vez, Netline aduce, en primer lugar, que la sentencia desconoce lo demandado, entendiendo que sólo se accionó por el incumplimiento del fallo de 23 de diciembre de 2011, en circunstancias que las tres actoras demandan por negativa de venta, por estrangulamiento de márgenes y por incumplimiento de la orden contenida en la indicada resolución de esta Corte. En tal sentido asevera que, ignorando el contenido de la demanda, el Tribunal efectuó un análisis de los criterios que las ofertas de facilidades debían cumplir que estima contradictorio, superficial y erróneo, obviando al hacerlo los parámetros que esta Corte consideró para dar por establecida la negativa de venta que en esa ocasión sancionó.

A continuación acusa que el fallo impugnado no se pronuncia acerca del reconocimiento expreso que las demandadas habrían efectuado en relación a las conductas que se les imputan. Así, expone que la sentencia nada dice, por una parte, respecto de lo actuado por las demandadas en orden a restringir o entorpecer la competencia al formular únicamente ofertas de facilidades en relación al segmento de prepago, pese a que semejante conducta importa una imposición que califica de grave y contraria a la libre



competencia, dada su vocación exclusoria. Añade que el fallo guarda silencio, además, en lo vinculado con la existencia de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta por Entel a su parte, que demuestra, a su juicio, la intención de esta última de no prestarle sus servicios, impidiendo, o al menos entorpeciendo o retrasando, el ingreso de Netline al mercado.

Enseguida sostiene que la sentencia yerra al entender que con la formulación de un solo tipo de oferta, en particular la de facilidades, las demandadas dieron cumplimiento al fallo dictado por esta Corte, pues deben ponerse a disposición de las empresas interesadas ambos tipos de propuestas, esto es, de facilidades y de reventa. Así las cosas, estima que la decisión de las demandadas de no presentar ofertas de reventa constituye una evidente negativa de venta que tiene por fin restringir, entorpecer o limitar la competencia en el mercado de la telefonía móvil. Sostiene, además, que también constituye negativa de venta la inexistencia de ofertas para los diversos tipos de OMV presentes en el mercado, destacando en este sentido que aun cuando su representada es un OMV completo se le impusieron condiciones idénticas a las exigidas a un OMV "light" o incompleto, obligándola a pagar por prestaciones que no requiere.

Enseguida denuncia que la sentencia censurada contradice el mérito de autos. Así, acusa que omitió



pronunciarse acerca de la acusación de negativa de venta planteada en contra de Entel fundada en que ésta sólo aceptó contratar si su parte previamente suscribía una cláusula de limitación de responsabilidad y examinó, en cambio, únicamente la exigencia de un acuerdo de confidencialidad, pese al carácter exclusorio de la primera. Agrega que el fallo también desconoce la prueba aportada por su parte que demuestra, en su concepto, la existencia de las prácticas de estrangulamiento de márgenes llevadas a cabo por las demandadas, al menos en contra de Netline, destacando en particular que el análisis efectuado por el tribunal en esta parte considera, respecto de su parte, las ofertas de Claro de junio de 2013 y de Telefónica de julio de 2013, aun cuando las conductas reprochadas se verificaron a contar del 23 de diciembre de 2011, de lo que se sigue que no examinó los precios ofrecidos por las demandadas con anterioridad a esa fecha.

Más aun, afirma que la sentencia impugnada también soslaya que el Informe denominado "Análisis de las Condiciones Económicas Necesarias para que las Ofertas Mayoristas de Servicios para la Operación Móvil Virtual Permitan el Ingreso de Nuevos Operadores al Mercado Móvil-Efectos en la Competencia-Informe para la Investigación de cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema en procedimiento de Rol N°7781-2010" de 25 de abril de 2013, de Alfacentauero, acompañado a fojas 3290, y la presentación



de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1089, de junio de 2012, comprobarían, a su juicio, que las demandadas estrangularon el margen de los operadores móviles virtuales en el período demandado.

Más adelante afirma que, al analizar el contenido y alcance de la sentencia de este tribunal de 23 de diciembre de 2011, el fallo recurrido desconoce los pronunciamientos de la Fiscalía Nacional Económica y de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, quienes, en su oportunidad, manifestaron que las ofertas presentadas no satisfacían las prescripciones establecidas en la decisión de esta Corte.

Luego manifiesta que el fallo desconoce la jurisprudencia de esta Corte y del propio TDLC al ignorar la definición que este Tribunal ha efectuado de la negativa de venta y lo que el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha dicho que debe entenderse por estrangulamiento de márgenes.

Alega que el fallo, para dar por cumplida la finalidad de la decisión de esta Corte de 23 de diciembre de 2011, utiliza datos erróneos y posteriores a la presentación de las demandas. Así, asevera que, pese a lo razonado por los sentenciadores, a la fecha de presentación de las demandas los únicos cinco OMV que se hallaban en operación alcanzaban, en conjunto, al 0,968% de participación de mercado, de modo que no puede entenderse, como erróneamente lo hacen los falladores, que se ha cumplido el objetivo que



impulsó a esta Corte al dictar su sentencia, máxime si a la época en que fue presentado el recurso que ahora se examina los OMV alcanzaban una escasa participación de mercado equivalente al 2,7589%.

Sostiene, por último, que en la especie se acreditaron los graves efectos que en la libre competencia han provocado las conductas reprochadas a las demandadas, no obstante lo cual, y contrariando el mérito del proceso, el fallo hace caso omiso de tales antecedentes al desestimar las demandas intentadas.

Termina solicitando que se enmiende la sentencia impugnada y, en consecuencia, se haga lugar a la demanda deducida por su representada, con costas.

TERCERO: Que, por su parte, OPS interpuso reclamación en contra del fallo pronunciado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sosteniendo, en un primer capítulo, que la decisión recurrida redujo el ámbito de discusión del proceso al establecer, erróneamente, que la demanda de su parte consistió únicamente en una acción derivada del incumplimiento atribuido a Movistar, Entel y Claro de la obligación impuesta por esta Corte de formular ofertas de facilidades y/o reventa de planes. Acusa que tal entendimiento constituye un yerro grave, desde que su parte accionó fundada en que las compañías demandadas infringieron el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al crear barreras artificiales de entrada al mercado de que se



trata, mediante la negativa injustificada a entregar una oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, que fuera económicamente razonable, sin perjuicio de lo cual sostuvo, además, que dicha conducta incumple, a su vez, la obligación establecida por esta Corte de presentar dichas ofertas.

Añade que, en todo caso, aun de entender erradamente, como lo hacen los juzgadores, que las incumbentes dieron satisfacción a la obligación en comento al presentar sus últimas ofertas, igualmente se debió acoger la demanda, puesto que al actuar del modo indicado la habrían cumplido tardíamente, con lo que, de todos modos, incurrieron en el incumplimiento reprochado.

En un segundo acápite asegura que los sentenciadores incurrieron en error al no declarar que las demandadas infringieron el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, no obstante que su parte acreditó cada uno de los presupuestos necesarios para configurar el ilícito reclamado.

Así, acusa que en la especie se han verificado todos y cada uno de los presupuestos de la negativa de venta imputada a las demandadas, destacando que éstas obviaron que su representada es un OMV completo, esto es, que cuenta con infraestructura de red propia y que, por lo mismo, se halla sujeta al derecho y deber de interconexión, el que, a su vez, determina el derecho y deber a los cargos de acceso de una llamada. Al respecto acusa que todas las ofertas



mayoristas entregadas por las incumbentes a su representada la excluyen dada su condición de OMV con infraestructura de red propia, conducta que, sin embargo, no es analizada en la sentencia censurada pese a que constituye, por sí misma, una negativa injustificada de venta. En tal sentido explica que OPS cuenta con un nodo de conmutación idóneo para recibir o reenrutar comunicaciones a lo largo de todo el país y acusa que las ofertas mayoristas de las demandadas buscan evitar la independencia que dicha instalación confiere a su parte al establecer que siempre será el nodo conmutador de tales empresas el que decida la ruta de la comunicación, circunstancia que torna inviable técnica y económicamente para OPS contratar con ellas, en tanto sólo le ofrecen la posibilidad de revender servicios de telefonía.

Sobre este punto denuncia, además, que las ofertas de que se trata no permiten a los OMV competir en los distintos segmentos del mercado con márgenes razonables, en particular porque los precios mayoristas que las empresas de telefonía cobran a OPS en sus ofertas son superiores a muchos de los precios que las mismas cobran a sus clientes minoristas.

En un tercer capítulo subraya que los magistrados se equivocan al concluir que las demandadas cumplieron la obligación materia de estos autos, puesto que las incumbentes no propusieron ofertas de facilidades y/o



reventa de planes generales, objetivas, uniformes y no discriminatorias y, menos aun, dentro del plazo de noventa días establecido con tal fin. Sobre el particular subraya que el fallo vulnera el espíritu y contenido de la obligación impuesta por este tribunal, en tanto la interpreta de manera restringida, sin considerar los efectos anticompetitivos de dicha comprensión.

Sostiene que, en todo caso y en subsidio, aun en el supuesto de que las demandadas hubiesen entregado a su parte una oferta que satisficiera lo exigido por esta Corte, ello habría ocurrido más de quince meses después de vencido el plazo establecido para su cumplimiento.

Finalmente aduce que los falladores se equivocan al concluir que se cumplió el objetivo buscado por este tribunal al imponer la obligación materia de autos, puesto que, por el contrario, los hechos demuestran que se ha producido la negativa injustificada de venta alegada por su parte y que, además, los OMV no son competencia para las demandadas en el mercado de la telefonía móvil. Así, por una parte arguye que la circunstancia de que Virgin y Falabella Móvil operen al alero de estas ofertas confirma lo expuesto por su parte, desde que dichas compañías corresponden a meros revendedores que no cuentan con un nodo conmutador, como OPS, de modo que no se encuentran excluidas de las ofertas formuladas en la especie. Por otro lado, asegura que los OMV revendedores de servicio que han



logrado ingresar al mercado no son capaces de competir con las demandadas, desde que, a septiembre de 2016, vale decir, más de dos años después de presentada la demanda de su parte, los OMV alcanzaban, en conjunto, un 2% de participación de mercado, a lo que se suma que a esa misma fecha se hallaban operando en el mercado cinco y no ocho OMV como declara el fallo.

Termina solicitando que se revoque la sentencia recurrida y, en su lugar, se acoja íntegramente su demanda, con costas.

CUARTO: Que, por último, Movistar dedujo reclamación en contra del fallo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aduciendo, en un primer apartado, que éste no se ajusta a derecho, ni al mérito del proceso, al decidir que los demandantes tuvieron motivo plausible para litigar, liberándolos, por consiguiente, del pago de las costas.

En tal sentido manifiesta que, si bien los demandantes fueron totalmente vencidos, el fallo, erradamente, los absuelve de dicha carga, toda vez que dicha decisión no se ajusta a lo considerativo de la sentencia y, además, omite el análisis y valoración de la prueba que acredita que las acciones deducidas en autos se ejercieron con un claro ánimo especulativo, sin la verdadera intención de competir de manera eficiente en el mercado de la telefonía móvil. Así, aduce que la propia sentencia reconoce que las



acusaciones son infundadas; en cuanto a la supuesta negativa de venta expresa que los sentenciadores concluyen que es evidente la falta de fundamento de esta acusación, desde que las demandadas formularon ofertas de facilidades dentro del plazo de 90 días desde ejecutoriada la sentencia, aunque las mismas no se ajustaran a las "expectativas" de los demandantes; en lo relativo al estrangulamiento de márgenes denunciado, descartan categóricamente la concurrencia de este ilícito y, finalmente, en lo que atañe a la discriminación anticompetitiva que se les reprocha, desestiman las dos modalidades de discriminación alegadas, tanto en lo vinculado con los precios mayoristas de las ofertas como con la acusada falta de desagregación de estas últimas.

En un segundo capítulo asevera que el fallo aplica de modo incorrecto el estatuto de la prescripción en esta sede infraccional, causando un grave perjuicio a su representada, puesto que las acciones de cumplimiento se encuentran prescritas. En esta perspectiva asegura que la interrupción natural de la prescripción en esta sede infraccional resulta improcedente, considerando que las sanciones que aquí se imponen son una manifestación del ius puniendi estatal y, por consiguiente, los principios aplicables son informados, con ciertos matices, por el derecho penal. Agrega que la institución de la interrupción natural es extraña al derecho penal y que, por lo mismo,



resulta ajena al derecho infraccional, de lo que se sigue, a su juicio, que carece de sentido entender interrumpida la prescripción de la acción destinada perseguir el cumplimiento de una medida, en virtud de que el condenado ha instado a darle cumplimiento. Añade que, además, el artículo 20 inciso quinto del Decreto Ley N° 211 prevé una regla especial de interrupción de las medidas, al señalar que "esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o por el demandante particular", norma de la que deduce que la prescripción para solicitar el cumplimiento de la medida debe computarse desde que la sentencia se encuentra firme, motivo por el que la medida prescribía el 16 de enero de 2014. Subraya que, sin embargo, Netline y OPS notificaron sus demandas a todos los demandados los días 17 y 28 de enero, respectivamente, mientras que Telcomax lo hizo el 4 de marzo, todas estas fechas del año 2014, cuando habían transcurrido más de tres años desde que el fallo de esta Corte quedó firme.

Termina solicitando que se revoque la sentencia recurrida en aquella parte que absuelve a los demandantes de las costas y rechaza la excepción de prescripción opuesta por Movistar y, en su lugar, los condene a soportar la referida carga y, además, acoja la excepción de prescripción, con costas del recurso.



QUINTO: Que para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte resulta necesario consignar que a fs. 93 de estos autos compareció Netline Mobile S.A. deduciendo demanda en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Claro Chile S.A. y Telefónica Móviles Chile S.A. a quienes imputa el incumplimiento de lo ordenado por sentencia de esta Corte de 23 de diciembre de 2011 y, además, la infracción reiterada de lo estatuido en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al haber ejecutado prácticas exclusorias, discriminación de precios y abuso de posición dominante en el mercado de la telefonía móvil, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en él.

Explica que su parte, que es concesionaria de servicio público telefónico móvil, inició servicios como Operador Móvil Virtual (OMV) en el mes de julio de 2012 y que en su modelo de negocios contempla constituirse como un OMV completo, pues dispone de infraestructura para suministrar servicios de telefonía móvil a usuarios finales y servicios de plataforma MVNE/MVNA a otros OMV.

Señala que para desempeñarse como OMV su parte solicitó una oferta de facilidades y otra para reventa a las Operadoras Móviles con Red (OMR) demandadas, quienes han impuesto barreras artificiales para impedir su ingreso al mercado al negarse a suscribir contratos que permitieran el uso de infraestructura, redes y espectro radioeléctrico



con que cuentan y que resulta necesario para la prestación de los servicios de que se trata. Agrega que la indicada conducta fue acreditada, motivo por el que esta Corte sancionó a esas compañías al pago de una multa de 3.000 Unidades Tributarias Anuales, más costas, a la vez que les exigió "presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios".

Relata que a principios del año 2012, esto es, después de dictada la referida sentencia, su parte suscribió un contrato de reventa de minutos con Telefónica, el que, sin embargo, no se ajusta a lo ordenado en ese fallo, pues no contiene una parrilla de planes con un margen de comercialización, sino que sólo contempla un precio por servicios de voz, datos y mensajería (SMS), incluyendo sólo algunas facilidades de red, puesto que las restantes son cubiertas por Netline. Agrega que, con el objeto de mejorar tales condiciones, negoció con Telefónica durante dos años, sin éxito. Manifiesta que también solicitó oferta de facilidades a las otras demandadas de quienes recibió, en algunos casos, ofertas que no cumplen con lo ordenado en la sentencia y que no contemplan condiciones comerciales económicamente razonables, mientras que, en otros, sólo cosechó negativas directas, dilaciones e, incluso,



condiciones para su entrega que no se condicen con la misma.

Sostiene que las ofertas recibidas no cumplen con el criterio de generalidad establecido por esta Corte, pues, por una parte, las de reventa no contemplan la parrilla completa de productos minoristas del OMR así como un margen razonable de comercialización para el OMV, mientras que, por otra, las de facilidades no desagregan las facilidades específicas a que se refieren y sus precios unitarios, dados los diversos tipos de OMV que pueden operar en el mercado; enseguida acusa que tampoco satisfacen la exigencia de no discriminación, desde que las tres demandadas tienen ofertas a clientes minoristas que incluyen precios más bajos que los ofrecidos a los OMV, con lo que estrangulan sus márgenes.

En relación a las ofertas presentadas por cada una de las demandadas señala que Claro le entregó dos, en las que se mezclan conceptos de ofertas facilidades y de reventa sin ofrecer ninguno íntegramente, destacando que si intentara replicar la oferta minorista de Claro utilizando los precios de su oferta mayorista, obtendría un margen negativo que le impediría competir; respecto de Entel explica que sostuvieron negociaciones durante los meses de enero y febrero de 2012, las que terminaron dado que esta última exigió la suscripción de una cláusula de limitación de responsabilidad, que califica de abusiva. Agrega que



durante 2013 solicitó a esta compañía ofertas de facilidades en tres ocasiones, quien le requirió, en relación a las dos primeras, la suscripción previa de sendos acuerdos de confidencialidad, mientras que de la tercera no obtuvo respuesta, incumpliendo así el fallo que le ordena entregar la oferta de facilidades pedida. Efectúa, también, una comparación entre la oferta minorista de Entel y los precios mayoristas propuestos en enero 2012, y arriba a las mismas conclusiones indicadas respecto de Claro.

A continuación indica que Telefónica le envió una oferta el 2 de agosto de 2013 y que su parte solicitó una mejora en las condiciones propuestas, ante lo que sólo obtuvo la eliminación del mínimo de facturación a contar del segundo año; añade que después pidió nuevos mejoramientos que incluyeran una oferta de facilidades para 4G, petición que no ha sido respondida. Acusa que la de Telefónica no es una oferta de reventa y que tampoco indica las facilidades que ofrece, a la vez que no resuelve la situación del OMV completo, pues incluye facilidades que son prestadas directamente por una compañía de esta clase, tales como la gestión de tarjetas SIM y el soporte para la gestión de cliente final, a lo que adiciona que los descuentos por volumen incluidos serían muy exigentes para un OMV que recién se inicia. Por último, contrastados los precios de la oferta mayorista de Telefónica con los que



ésta cobra al cliente final, concluye que ningún OMV podría desafiar su oferta minorista.

Expuesto lo anterior alega, en lo que se refiere a los márgenes de operación, que no basta un margen levemente positivo para competir, sino que la diferencia entre precios minoristas y mayoristas debe ser del orden del 50%, pues se han de incluir los costos de remunerar al OMR, de publicidad, depreciación, etc. En este sentido expone que el examen de las ofertas de una y otra clase de las demandadas demuestra que éstas han discriminado a su parte de forma arbitraria respecto de los precios y de otras condiciones comerciales establecidas para clientes minoristas, proceder que causa un estrangulamiento de sus márgenes, puesto que quien controla el insumo esencial y los precios mayoristas y minoristas no entrega a un cliente mayorista el precio de su cliente más favorecido. Subraya, asimismo, que si los OMR otorgan subsidios a los terminales en sus ofertas minoristas, también debiesen contemplar dichos subsidios en la oferta mayorista.

En cuanto al mercado relevante señala que corresponde a "los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de los límites geográficos de la República de Chile", el que comprende tanto los servicios de telefonía móvil propiamente tal, como los de voz, datos, banda ancha móvil, SMS, que no tienen sustitutos, y los servicios que comprenden la



entrega, a cualquier título, de equipos terminales, mercado este último que estima no desafiante debido a los subsidios que las OMR aplican a esos dispositivos. Recalca que se trata de un mercado altamente concentrado, en el que el 98,72% de la participación corresponde a las tres demandadas y acusa, además, la existencia de comportamiento estratégico por parte de éstas, quienes, al tener poder de mercado, pueden impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores.

Termina solicitando que se ordene proceder al cumplimiento inmediato de la sentencia dictada por esta Corte el 23 de diciembre de 2011, obligando a las demandadas a ofrecer a todos los OMV, sin discriminación, el precio más bajo ofrecido por servicios de telefonía móvil, considerando para tales efectos la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas ofrecidos; se declare que las demandadas han infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a Netline, que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, en el caso de Entel y Telefónica; y de abuso de posición dominante al estrangular márgenes a Netline, en el caso de Entel, Claro y Telefónica; que se disponga que las



demandadas deben abstenerse de seguir ejecutando conductas como las que se reprochan, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores al mercado de la telefonía móvil; que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que se determine, y que se aplique íntegramente el artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

SEXTO: Que a fs. 530 se agregó la demanda interpuesta por OPS Ingeniería Limitada en contra de las mismas compañías telefónicas objeto de la acción referida en el fundamento que antecede, a quienes reprocha haber infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia, creando barreras artificiales de entrada al mercado.

Aduce que su parte es titular de una concesión de servicio público de telefonía móvil y que ha solicitado a las demandadas ofertas de facilidades y de reventa de planes para OMV, quienes se han negado a presentar propuestas racionalmente económicas y con condiciones comerciales que permitan el ingreso de OPS al mercado de la telefonía móvil como OMV.

Expone que la negativa se ha materializado en un retardo injustificado a responder sus solicitudes, en la imposición de un acuerdo de confidencialidad como condición



previa y en la entrega de ofertas que no se ajustan a los criterios de racionalidad económica exigidos por esta Corte.

Explica que existen diversas modalidades de OMV, desde el revendedor de planes hasta el que utiliza elementos de red propios, quien puede crear sus propios planes y asumir otras funciones como conmutación, facturación o atención al cliente. Al respecto precisa que ha solicitado a las demandadas ofertas de facilidades para operar como OMV completo, pues cuenta con los elementos de red requeridos, salvo espectro radioeléctrico, además de ofertas de planes para operar como revendedor. Agrega que, sin embargo, las que ha recibido no distinguen qué elementos de red o facilidades incluyen, sin perjuicio de que los precios contemplados son superiores a muchos de los que las demandadas cobran a sus clientes minoristas, situación que vulnera la sentencia pronunciada por esta Corte el 23 de diciembre de 2011. De esta manera, asevera que las ofertas presentadas a su parte constituyen una negativa de venta, atendida su irracionalidad económica.

Manifiesta, además, que la primera oferta de Claro fue pública, pues constaba en su página web, criterio que, estima, debiesen adoptar todas las demandadas respecto de sus ofertas.

En lo demás, coincide con los términos en que está concebida la demanda presentada por Netline y concluye



solicitando que se declare que las demandadas han infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a OPS que han consistido en negar injustificadamente la entrega de ofertas de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permitan operar en el citado mercado; que se disponga que las demandadas deben presentar, en el menor plazo posible, ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan lo ordenado por la sentencia ya referida y que fuera expedida por esta Corte; que se ordene a las demandadas abstenerse de seguir ejecutando conductas como las reprochadas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores; y, por último, que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que se determine.

SÉPTIMO: Que a fs. 6065 se lee la demanda intentada por Telecomunicaciones Max Limitada, dirigida en contra de las compañías telefónicas ya citadas, en la que les imputa haber infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia, creando barreras artificiales de entrada a su parte, y no haber cumplido la sentencia de esta Corte de 23 de diciembre de 2011.



Indica que es titular de una concesión de servicio público de telefonía móvil y su objeto principal es el desarrollo del negocio de OMV para complementar con servicios de datos y telefonía la oferta de televisión satelital que ofrece su matriz, TuVes S.A. Señala que, sin perjuicio de infructuosas negociaciones previas, en el mes de mayo de 2014 solicitó ofertas de facilidades de los tres principales OMR y que las que recibió contravienen los criterios impuestos por el aludido fallo dictado por esta Corte, pues no permiten el ingreso de los OMV al mercado de telefonía móvil en condiciones competitivas, en cualquiera de las modalidades de operación de un OMV, a elección de este último.

Así, alega que tales propuestas contienen precios excesivos y discriminatorios respecto de los que las demandadas cobran a sus clientes minoristas por el mismo servicio, de modo que le impiden competir como OMV frente a ellas, a la vez que subraya que los segmentos de mercado en que podrían obtener márgenes positivos son muy pocos y corresponden, en general, a clientes de prepago de poco consumo.

Adiciona que las ofertas no incluyen la modalidad de reventa de planes con un descuento que permita un margen razonable al OMV, equivalente a los costos de comercialización y atención de clientes del OMR, incluyendo el subsidio a terminales que aplicaría este último.



Termina solicitando que se declare que las demandadas han infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a Telcomax que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permita operar en dicho mercado; que las demandadas presenten, en el menor plazo posible, ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan con lo ordenado por la sentencia mencionada precedentemente; que se ordene a las demandadas abstenerse de seguir ejecutando conductas como las reprochadas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores y, por último, que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima prevista en la ley de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que se determine.

OCTAVO: Que al contestar las acciones deducidas en su contra Claro Chile S.A. solicitó su rechazo, con costas, aduciendo que la verdadera intención de las demandantes sería la de fijar los precios y condiciones contenidos en su oferta de facilidades para acomodarlos a sus expectativas.

Enseguida asegura que la oferta de su parte cumple los requisitos exigidos en la sentencia tantas veces citada, así como con los adicionales planteados por la Fiscalía



Nacional Económica en el marco de la investigación 2078-12 y los prescritos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, permitiendo la operación rentable de un OMV eficiente.

Agrega que, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la tantas veces mencionada sentencia de esta Corte, presentó, el 19 de abril de 2012, una oferta de facilidades que fue puesta a disposición de eventuales interesados, siendo publicada en la página web de la compañía y entregada a la Fiscalía Nacional Económica, la que, a su entender, fue formulada conforme a criterios uniformes, generales, objetivos y no discriminatorios.

Añade que, en el marco de la investigación de la FNE y dados los cambios solicitados por ésta, realizó una nueva oferta de facilidades el 18 de junio de 2013, que no fue publicada en su página web por expresa solicitud de la Fiscalía, y destaca, además, que a la fecha del emplazamiento de las demandas de Netline y OPS y antes de la presentación de la demanda de Telcomax (en abril de 2014), concordó una nueva oferta de facilidades con la FNE que aplica los precios de los nuevos cargos de acceso contenidos en el Decreto Supremo de fijación tarifaria.

A continuación alega, en lo vinculado con el estrangulamiento de márgenes que se le imputa, que los presupuestos utilizados por las demandantes para configurar



esta conducta son errados, si se toman en consideración los precedentes jurisdiccionales y la doctrina más exigente.

Luego sostiene, en cuanto se reprocha que los precios de sus ofertas entregarían un margen negativo a las demandadas que les impediría competir, que el procedimiento infraccional no es adecuado para subsidiar empresas menos eficientes mediante la fijación de precios de acceso a facilidades y alega, además, que los precios mayoristas son más bajos que los minoristas y permiten a los OMV obtener márgenes positivos. En relación a esto último expresa que las relaciones comerciales con clientes minoristas no son comparables con aquellas que mantiene con otros mayoristas u OMV, pues se trata de clientes diferentes, situación que queda ejemplificada, por ejemplo, en los montos y riesgos involucrados en la relación de negocios con un OMV, en los costos adicionales relacionados con las interfaces y servicios administrativos disponibles para OMV o en aquellos asociados a la forma de utilización de la red, etc.

Manifiesta enseguida, en cuanto al nivel de detalle de las ofertas, que la oferta planteada por su parte es amplia y abarca tanto OMV prestadores de servicios como OMV completos, sin que sea posible ni necesario que contemple una parrilla completa de sus planes, pues éstos cambian constantemente. En este sentido consigna que el fallo de que se trata ordena presentar una oferta de facilidades y/o



de reventa de planes, resultando facultativo para el OMR elegir entre cualquiera de ellas.

Acerca del mercado relevante distingue entre uno situado aguas abajo, correspondiente al de "servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional", y uno mayorista, correspondiente al de "servicios de acceso a las facilidades de red o reventa a planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional" y consigna que los servicios asociados a la entrega de equipos terminales para telefonía de esta clase no forman parte del mercado relevante.

Alega a continuación la falta de legitimación activa de las demandantes, puesto que, según entiende, la Fiscalía Nacional Económica es la única entidad legitimada para velar por el cumplimiento de la sentencia de que se trata.

Más adelante niega que se configure en la especie el abuso de posición dominante en que se sustentan las acciones y asevera, además, que no concurren los requisitos previstos para configurar la negativa de venta acusada por las actoras, sin perjuicio de lo cual sostiene que la petición de sancionar por negativa de venta es contradictoria con la solicitud de castigar a su parte por estrangulamiento de márgenes y discriminación de precios, toda vez que, si existió negativa, mal podrían darse las otras dos conductas.



Finalmente, y en cuanto a la multa solicitada, asegura que no concurre la agravante de reincidencia aducida por las demandantes y que, por el contrario, sí se verifican las atenuantes consistentes en la colaboración prestada en la investigación de la FNE; en la ausencia de un beneficio económico y en la causación de importantes costos para realizar las ofertas de que se trata y, por último, en que su parte ha actuado de buena fe.

NOVENO: Que al contestar, a su vez, las demandas de autos, Entel PCS Telecomunicaciones S.A. solicitó igualmente su rechazo, con costas, sosteniendo, en lo que atañe a las demandas de Netline y OPS, que la única conducta que efectivamente se le imputa es la de incumplimiento de la obligación impuesta en la sentencia consistente en hacer oferta de facilidades y/o reventa, deber que, según asegura, su parte cumplió oportunamente y de buena fe. En cuanto a Telcomax, asegura que confesó haber recibido la oferta que su representada le envió.

A continuación alega la falta de legitimación activa de las actoras, pues corresponde a la FNE velar por el cumplimiento del fallo materia de autos; afirma enseguida que sus ofertas cumplen con la sentencia y permiten el desarrollo de un OMV eficiente, aserto que se demuestra, a su juicio, con la situación exitosa de Falabella Móvil. Manifiesta asimismo que, conforme a lo dispuesto en el fallo de esta Corte tantas veces mencionado, los OMR pueden



optar entre realizar una oferta de facilidades o una de reventa de planes, pues lo que requiere la sentencia es que los términos y condiciones de dichas ofertas tengan una justificación económica racional, aplicable a todos los que se encuentran en una misma situación, sin establecer diferencias arbitrarias.

Al respecto afirma que su parte ha puesto a disposición de los OMV tres ofertas mayoristas de reventa de servicios. Explica que formuló la primera con fecha 22 de abril del 2012; añade que, como resultado de las negociaciones mantenidas con la FNE, quien solicitó que la oferta fuera "incompleta", es decir, que sólo contemplara condiciones esenciales de los servicios y que se refiriera únicamente a la reventa de minutos, datos y SMS a granel, planteó una segunda propuesta en enero 2013 y, por último, afirma que formuló una tercera el 13 septiembre de 2013, que es equivalente a la que suscribieran su representada y Falabella Móvil en junio de 2012, pero con menores exigencias de tráfico.

Añade a continuación que el acceso móvil es el único segmento de las telecomunicaciones en el que no existe un operador que cuente con una participación de mercado que le permita actuar con independencia de sus competidores o de los consumidores, o que posea un activo irreplicable.

Luego niega la ocurrencia de las conductas exclusorias que se imputan a su parte, así como la concurrencia del



estrangulamiento de márgenes que se le reprocha; más aun, asevera que las acusaciones de estrangulamiento de márgenes y de negativa injustificada de venta son contradictorias.

Más adelante explica que los clientes minoristas tienen una posición jurídica y económica que no es equivalente a la de un distribuidor mayorista, por el impacto que este último tiene en la calidad de red.

Alega que su representada ha actuado de buena fe en el cumplimiento de la sentencia de que se trata y opone, finalmente, la excepción de prescripción respecto de la demanda interpuesta por Telcomax, considerando que a su respecto transcurrió el plazo establecido en el artículo 20 inciso 5° del Decreto Ley N° 211.

DÉCIMO: Que, por último, al contestar las demandas de autos Telefónica Móviles Chile S.A. requirió que fueran desestimadas, con costas, expresando que la verdadera razón por la cual los demandantes no han podido competir en este mercado es la errada estrategia de negocios que han buscado implementar y la falta de eficiencia productiva.

Sostiene enseguida que el fallo pronunciado por esta Corte impuso una obligación de hacer que carece de contornos claros, situación que produce incertidumbre respecto de las partes obligadas a ella, dejándolas en una situación de indefensión.

Añade que, sin perjuicio de lo dicho, su parte ha dado cumplimiento a la sentencia al poner a disposición de los



OMV tres ofertas de facilidades. Así, expone que la primera fue presentada a la FNE el 16 de abril de 2012, mientras que la segunda y tercera llevan fecha de 5 de agosto y de 24 de diciembre de 2013, respectivamente, y agrega que en ellas se fueron incorporando las sugerencias hechas por la citada Fiscalía. Indica, además, que todas esas modificaciones fueron informadas a los OMV, algunos de los cuales acordaron modificaciones a sus contratos de facilidades en base a dichas actualizaciones.

Subraya que su representada ha suscrito cinco contratos con diversos OMV, incluyendo, en febrero de 2012, a la demandante Netline, convenio que se hallaba vigente a la fecha de esa contestación de la demanda; agrega que este contrato fue modificado en beneficio de Netline y que, aun cuando puso a disposición de ésta las ofertas de facilidades que presentaban mejores condiciones que el contrato vigente, Netline no ha solicitado una actualización del contrato en base a estas nuevas condiciones.

En lo que dice relación con el mercado relevante identifica dos que han sido afectados: el primero, correspondiente al "Mercado mayorista de servicios de acceso a recursos específicos o facilidades de red de los OMR y de venta mayorista de minutos de voz, mensajería e internet móvil", en el que los OMR actúan como oferentes y los OMV como demandantes. Sostiene que los servicios



prestados en este mercado serían el acceso a redes públicas de comunicaciones móviles y facilidades asociadas, servicios de interconexión de originación de tráfico de voz y datos y Roaming y que en él existe una intensa competencia entre Entel, Telefónica y Claro, destacando que ninguna de ellas, individualmente considerada, tiene poder de mercado.

Añade que un segundo mercado sería el minorista de provisión de servicios de telefonía móvil a clientes finales (que excluye a clientes empresas o corporativos) y, específicamente, el submercado de servicios de prepago (que excluye, a su vez, los de postpago).

Luego se refiere a la experiencia comparada de los OMV, subrayando que en ninguna parte del mundo se ha obligado a los OMR a subsidiar a empresas ineficientes y que, hallándose saturado el mercado de la telefonía móvil, es esperable que los usuarios que pueden ser captados por los OMV sean de aquellos que tienen menor disposición a pagar, de modo que lo racional sería que los OMV apuntasen al mercado de prepago. En este sentido enfatiza que lo pretendido por las demandantes sería entrar a mercados saturados sin realizar ninguna inversión relevante en innovación ni desplegar un esfuerzo comercial para identificar nichos de consumidores marginados por la actual oferta de telefonía móvil.



Opone enseguida la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; plantea luego una defensa sustentada en la cosa juzgada, en relación al juicio previo, en el que se dictó la sentencia de 23 de diciembre de 2011, que afecta a las demandas interpuestas por Netline y OPS; aduce a continuación la improcedencia de la acción y afirma después que en la especie no se verifican los elementos objetivos y subjetivos propios del tipo infraccional reprochado, toda vez que su parte dio cumplimiento a la sentencia al formular la oferta de facilidades y/o reventa oportunamente y conforme a los criterios de generalidad, uniformidad, objetividad y no discriminación exigidos.

Asegura a continuación que los hechos denunciados en autos no han afectado la libre competencia en el mercado ni han tendido a ello, puesto que individualmente ninguno de los OMR tiene poder de mercado, de modo que, desde la perspectiva de los OMV, todos los OMR se perciben como sustitutos respecto del acceso a la red.

Plantea enseguida, respecto de la demanda intentada por Netline, que ésta debe ser desestimada en virtud de la doctrina de los actos propios toda vez que dicha actora, como OMV, ha suscrito un contrato con acceso a facilidades y planes para reventa con Telefónica.



En subsidio de lo expuesto opone la excepción de prescripción de la acción y, por último, y también en subsidio, solicita la exención o reducción de la multa pedida por las demandantes.

DÉCIMO PRIMERO: Que los sentenciadores decidieron desechar las acciones intentadas en autos considerando, en primer lugar, que el análisis de las demandas y contestaciones devela que todas las infracciones anticompetitivas de que se trata, vale decir, la negativa de venta, el estrangulamiento de márgenes y la discriminación anticompetitiva, tienen su origen en la acusación de que las demandadas no habrían dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia pronunciada por esta Corte con fecha 23 de diciembre de 2011, de modo que, según concluyen, las de autos son demandas de incumplimiento de una medida establecida en un procedimiento contencioso de libre competencia, imputación que, por demás, se efectúa de manera individual a cada una de las demandadas y no de manera colectiva.

Enseguida examinan y desestiman las excepciones de falta de legitimación activa opuesta por Claro y las de cosa juzgada e improcedencia de la acción planteadas por Telefónica; la primera, considerando que el Decreto Ley N° 211 no ha conferido el monopolio de la acción en los procedimientos contenciosos a la Fiscalía Nacional Económica y que las tres demandantes son concesionarias de



servicio de telefonía móvil para operar como OMV, de modo que tienen un interés legítimo para demandar por los hechos materia de autos; desechan la segunda porque los hechos materia del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica que dio origen al procedimiento contencioso rol 139-07 son distintos de aquellos demandados en estos autos, dada que aquéllos ocurrieron en los años 2006 y 2007, es decir, en una fecha muy anterior a los de autos; finalmente, rechazaron la excepción de improcedencia de la acción debido a que esta defensa fue alegada como una excepción dilatoria de corrección del procedimiento, siendo rechazada en su oportunidad.

Más adelante desechan las excepciones de prescripción opuestas por Telefónica y por Entel. Respecto de la defensa de Movistar tienen presente que la sentencia de esta Corte tantas veces citada impuso a las demandadas una medida de aquellas señaladas en el artículo 3 inciso primero del Decreto Ley N° 211 y destacan, además, que el artículo 20 inciso quinto del mismo cuerpo legal, vigente a la época de la presentación de las demandas, dispone que las medidas que se pueden acordar conforme al artículo tercero prescriben en el plazo de dos años contado desde que la sentencia definitiva que las impone se encuentra firme. Enseguida consignan que lo dispuesto en esta última norma debe interpretarse en concordancia con el artículo 2514 del Código Civil, en cuanto previene que el plazo de



prescripción extintiva debe contarse desde que la obligación se hizo exigible, y añaden que el deber de que se trata en la especie fue reconocido por las demandadas dentro del indicado término de dos años desde que se hizo exigible, motivo por el que operó la interrupción natural de la prescripción de la acción tendiente a perseguir el cumplimiento de la medida de que se trata.

En lo vinculado con la excepción de prescripción opuesta por Entel respecto de las alegaciones efectuadas por Telcomax, subrayan que las acusaciones contenidas en la demanda de esta última se refieren a hechos vinculados con las ofertas presentadas por Claro en abril de 2014; por Entel en julio de 2014 y por Telefónica en enero de 2014, en tanto que la última notificación de la demanda interpuesta por la mencionada compañía se verificó el 4 de marzo de 2015, de manera que también operó la interrupción civil de la prescripción, conforme a lo prescrito en el inciso tercero del artículo 20 del Decreto Ley N° 211.

Esclarecido lo anterior dejaron expresamente asentado que el proceso en el que se pronunció la sentencia que impuso la obligación en comento comenzó por requerimiento del Fiscal Nacional Económico de 14 de agosto de 2007 en contra de Telefónica, Entel y Claro, por cuyo intermedio se acusó a estas empresas de haber ejecutado conductas exclusorias consistentes, entre otras, en la negativa injustificada de efectuar ofertas de facilidades a los OMV,



acusación que esta Corte, en proceso Rol 7781-2010, estimó que efectivamente había acontecido desde que ninguna de las requeridas había formulado condiciones comerciales claras y económicamente razonables conducentes a la celebración de un contrato de facilidades, proceder que produjo el efecto de evitar el ingreso al mercado de los OMV. Destacan, además, que en virtud de lo anterior este tribunal sancionó a cada una de las requeridas con una multa de 3.000 Unidades Tributarias Anuales y les ordenó presentar, dentro de noventa días, *"una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios"*.

En esta parte los juzgadores destacaron que el TDLC, por resolución de 28 de junio de 2012, se negó a dar tramitación incidental a los escritos presentados por las requeridas mediante los cuales aparejaron a ese tribunal copias de las ofertas confeccionadas, por estimar que no procedía iniciar un procedimiento de cumplimiento de la sentencia que ha sido promovido por una parte obligada por tal resolución judicial.

Enseguida tuvieron por demostrado que las demandadas presentaron a la Fiscalía Nacional Económica, al menos, tres ofertas de facilidades y/o reventa de planes. Respecto de Claro dieron por establecido que presentó sus propuestas en abril de 2012, en junio de 2013 y en abril de 2014 y



consignaron que la oferta de junio de 2013 disminuyó los cargos y precios que detallan respecto de la de abril de 2012, en tanto que la propuesta de abril de 2014 considera un ajuste por las modificaciones a los cargos de acceso determinadas por el decreto tarifario y los servicios de transmisión de datos en tecnología LTE.

A continuación concluyeron que Entel presentó ofertas de facilidades en abril y diciembre de 2012, en septiembre de 2013 y en abril de 2014, subrayando que en la propuesta de septiembre de 2013 redujo y flexibilizó los cargos y precios que indican, mientras que la última oferta sólo incluyó una modificación en los cargos de acceso de acuerdo al nuevo decreto tarifario.

Finalmente, tuvieron por comprobado que Telefónica presentó sus ofertas en abril de 2012, en agosto y diciembre de 2013 y en abril de 2014, destacando que la proposición de diciembre de 2013 disminuye el cargo y los precios que precisa con respecto a la de abril de 2012, a la vez que flexibiliza la forma de cumplir con la facturación mínima e incluye una cláusula de nación más favorecida. Consignan, además, que la cuarta oferta sólo actualiza los precios de minutos de voz con los nuevos cargos de acceso y destacan, por último, que dicha compañía mejoró las condiciones de la última propuesta.

Asimismo, dieron por establecido que el 5 de junio de 2014, vale decir, una vez iniciado este procedimiento, la



Fiscalía Nacional Económica archivó la investigación que inició con ocasión de los hechos materia de autos y concluyó, a partir del análisis de las últimas ofertas presentadas por las demandadas (esto es, la de Telefónica de 9 de abril, la de Entel de 28 de abril y la de Claro de 30 de abril, todas del año 2014), que todas ellas *"permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado"*.

DÉCIMO SEGUNDO: Que asentados los antecedentes referidos analizan el sentido y alcance de la orden impartida por esta Corte en el fallo tantas veces mencionado y al respecto concluyen, en primer término y en lo que atañe a la orden de efectuar ofertas de facilidades y/o reventa, que las demandadas, conforme a lo que se lee en el Diccionario Panhispánico de Dudas de la RAE, no están obligadas a formular ambos tipos de propuestas, pues la expresión "y/o" allí empleada da cuenta de la *"posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa de dos opciones"* que las favorece, de modo que pueden optar entre presentar una oferta de facilidades o una de reventa de planes, pudiendo, incluso, confeccionar ambas.

Enseguida, y en lo relacionado con las características que deben cumplir las ofertas de que se trata, destacan que el objetivo de su implementación es el de fomentar la competencia en el mercado de la telefonía móvil y concluyen que un incumplimiento como el denunciado en autos, de ser



efectivo, tendría efectos en el mercado minorista, en tanto impediría o dificultaría el ingreso de las demandantes al mismo. Sobre este particular precisan que dicho mercado corresponde al de venta minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales y que en él tanto los OMR como los OMV actúan como oferentes, a la vez que descarta que la situación investigada tenga relación con el mercado de los terminales, pues se trata de uno distinto e independiente de aquel materia de autos.

DÉCIMO TERCERO: Que a continuación examinan las acusaciones de negativa de venta formuladas por las actoras, comenzando por aquella consistente en que Entel habría condicionado la entrega de su oferta a Netline a la firma de un acuerdo de confidencialidad, misma que descartan debido a que tal exigencia resulta razonable, pues se trata de una de general aplicación que fue solicitada por la FNE y porque, además, la propia Netline no tuvo reparos -al menos en un principio- en aceptar dicho acuerdo de confidencialidad, motivo por el que, según concluyen, esta demandada no incurrió en esta negativa de venta.

Más adelante desechan la denuncia formulada por OPS y Telcomax relativa al retardo injustificado en la entrega de sus ofertas considerando que no existe prueba concluyente en autos que acredite dicho retraso, máxime si, en abril de 2012, las demandadas tenían disponibles ofertas de



facilidades o reventa de planes para OMV y, además, porque esta acusación no responde, en realidad, a la falta de entrega de ofertas mayoristas, sino que a la insatisfacción de las actoras con aquellas formuladas por las demandadas.

DÉCIMO CUARTO: Que luego indagan si las demandadas incurrieron en la negativa de venta que se les reprocha al estrangular los márgenes de las demandantes con sus ofertas o al discriminarlas anticompetitivamente.

Para ello estudian, en primer lugar, la acusación de estrangulamiento de márgenes y al respecto destacan que uno de los requisitos de dicha figura consiste en que los precios de la firma dominante integrada verticalmente hagan que las actividades de un rival eficiente no sean rentables. En tal sentido subrayan que para determinar si se ha producido un estrangulamiento como el descrito en autos se debe aplicar un test económico que depende de la definición de "*competidor o rival eficiente*", de modo que resulta posible emplear el test del "Competidor igualmente eficiente" (o "Test CIE") o el del "Competidor razonablemente eficiente" (o "Test CRE"). Sobre este particular explican que el estándar de eficiencia que se debe utilizar en materia de libre competencia es el del competidor al menos tan eficiente como las incumbentes, pues ello permite determinar si los precios de la oferta mayorista fueron establecidos con la finalidad de excluir a un competidor tan eficiente como el propio OMR o si los



mismos permitirían a aquél establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades, a la vez que ponen de relieve que un análisis como el descrito es razonable económicamente, puesto que, en ausencia de colusión o de traspaso de información sensible de costos, los costos del OMR representan su mejor estimación de aquellos en que incurren sus competidores, a la vez que resulta concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el ingreso de nuevos competidores por el sólo hecho de incrementar el número de participantes en el mercado.

Continúan sus razonamientos estableciendo que las ofertas que deben ser empleadas para la realización del estudio en cuestión corresponden a las últimas entregadas antes de la presentación de las demandas, pues eran las que se hallaban vigentes en ese momento, precisando que, por consiguiente, se tratan, en el caso de Netline, de las propuestas por Claro en junio de 2013 y por Telefónica en julio de 2013; respecto de OPS se trata de las ofertas de Claro de junio de 2013, de Telefónica de agosto de 2013 y de Entel de enero y de diciembre de 2013 y, por último, en lo que atañe a Telcomax, identifican como tales a las proposiciones de Claro de abril de 2014, de Telefónica de enero de 2014 y de Entel de junio de 2014.

Así, y tras examinar los informes económicos acompañados por las demandantes, concluyen que la prueba



rendida por éstas carece del mérito de convicción necesario para demostrar la existencia del estrangulamiento de márgenes acusado, pues no presenta una estimación de la factibilidad económica de un modelo de negocios, dadas las ofertas de facilidades efectuadas por las demandadas. En efecto, en relación al informe aparejado por OPS, destacan que carece de la información necesaria para determinar si el modelo de negocios es rentable en un plazo razonable con las ofertas de facilidades efectuadas, a lo que añaden que incluye en sus cálculos todos los minutos de voz, mensajes y datos contenidos en cada plan y no sólo aquellos efectivamente utilizados por los clientes, que en la práctica representan una cifra inferior que la primera; ponen de relieve, además, que en él no se explica por qué se eligieron los planes incluidos en el estudio y no otros y tampoco por qué un OMV entrante o un competidor eficiente debiera tener tales planes en su portafolio. Por último, expresan que las conclusiones de tal informe no implican de modo alguno que las ofertas de facilidades estudiadas impidan el ingreso de un OMV igualmente eficiente a la generalidad del mercado minorista, puesto que, como se lee en la declaración prestada por su autor a fs. 5810, las mismas *"en los planes de prepago sí tienen claramente utilidad"*.

Respecto del informe presentado por Telcomax dejan constancia de que registra falencias similares a las



descritas precedentemente, en tanto asienta su examen en la comparación de planes particulares elegidos, como lo declaró su autor en sede judicial a fs. 7917, "*buscando planes que son los que más o menos le interesaban a Telcomax comercializar*", a lo que agregan que no considera flujos de caja en el tiempo, como tampoco la evolución de la demanda por planes de la empresa, ni la estructura de costos del OMV. Más aun, señalan que el análisis contenido en él se contradice con aquel que el propio autor, en su declaración testimonial, señaló como adecuado para determinar si una compañía tiene utilidad, al indicar que para establecer aquello "*hay que verlo en un flujo de caja en el tiempo*", a lo que añadió que "*ese análisis no está en el informe nuestro*".

Finalmente, y en lo que se vincula con el informe acompañado por Netline y que fuera elaborado por su propio Gerente de Negocios, manifiestan que, si bien efectúa un análisis más adecuado, presenta su resultados finales de manera errónea para los fines de determinar la factibilidad de un modelo de negocios, pues los muestra en forma estática y no como una valoración actualizada de los flujos de ingresos y costos en el tiempo. A lo dicho agregan que la oferta de facilidades de Telefónica considerada en dicho instrumento no es la correcta, pues los precios utilizados para la modelación no se condicen con los presentados por dicha compañía a Netline en su oferta de julio de 2013, que



es la que debió emplear; explican que, en efecto, al incluir los precios contenidos en esta última oferta en el modelo desarrollado en el informe de que se trata, los márgenes son positivos para todos los casos considerados, llegando hasta el 12%, salvo en el prepago para el año 2013, en cuyo caso se obtiene un margen negativo de 4%, de lo que deducen que un OMV igualmente eficiente podría ingresar con márgenes positivos a la generalidad del mercado de telefonía móvil, conclusión que descarta la ocurrencia del estrangulamiento de márgenes acusado respecto de Telefónica. Por último, destacan que el informe no realiza estimaciones en relación a las otras dos demandadas, de modo que tampoco permite acreditar el incumplimiento de la sentencia de que se trata respecto de ellas en este aspecto.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, señalan que las demandadas presentaron, a su vez, diversos informes económicos tendientes a demostrar que las ofertas de facilidades no estrangularían márgenes. Así, analizan en primer término el de Telefónica y concluyen que la oferta de esa parte pasaría los dos tests mencionados más arriba (es decir, tanto el CRE como también el CIE), de modo que dicha propuesta cumpliría con el estándar exigido en la especie, permitiendo el ingreso de un competidor igualmente eficiente a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil. Enseguida estudian los informes de las



otras demandadas y establecen que las ofertas efectuadas antes de la interposición de las demandas de OPS y Netline, por una parte, y de Telcomax, por otra, permitían el acceso de operadores móviles virtuales a la generalidad del mercado de la telefonía móvil con un margen suficiente como para mantenerse en el mismo.

En último lugar, destacan que el informe de la FNE, que sirve de sustento a su decisión de archivar la investigación realizada en relación a estos hechos, se concluye, después de realizar, entre otros, un Test CIE, que *"las últimas versiones de las propuestas mayoristas de servicios para la operación móvil virtual, allegadas por Claro, Entel y TMCH a esta investigación, permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado"*.

En estas condiciones, desestiman la concurrencia del estrangulamiento de márgenes acusado, descartando, en consecuencia, que se haya verificado un incumplimiento de las condiciones impuestas en la sentencia de que se trata.

DÉCIMO QUINTO: Que, para terminar, examinan las acusaciones de discriminación, indicando que se ha denunciado la ocurrencia de conductas de dos tipos; una relativa a los precios y condiciones comerciales ofrecidas a los clientes minoristas y otra vinculada con las condiciones comerciales ofrecidas a los mismos OMV.



Inician sus razonamientos explicando que los servicios prestados deben ser comparables en términos de costos para poder determinar si existió una discriminación arbitraria de precios o condiciones comerciales y que, en la especie, ello no sucede, puesto que, en líneas generales, los precios cobrados por los OMR a los clientes minoristas no son comparables, en términos de costos, con aquellos que aplican a los OMV en el mercado mayorista, porque tales mercados presentan características que los diferencian de manera esencial; así, por ejemplo, indican que en autos no se acreditó cuáles son los costos que irroga a los OMR dar acceso a un OMV al espectro radioeléctrico, como tampoco el precio de los servicios prestados a los clientes finales, de modo que las diferencias de precios ofrecidos a uno y a otro podrían tener su explicación en costos distintos. Luego subrayan la existencia de otras características diferentes como, por ejemplo, que los OMV son clientes en el mercado mayorista, mientras que en el minorista son oferentes, de lo que deducen que tampoco es posible comparar otras condiciones comerciales que los OMR ofrecen a sus clientes finales con aquellas que proponen a los OMV, tales como la exigencia de boletas de garantía, la duración mínima de los contratos y los subsidios a terminales móviles.

Destacan que, por la inversa, sí es posible comparar, para estos fines, las condiciones comerciales propuestas a



los diversos OMV y al respecto indican que las acusaciones efectuadas en este ámbito (sólo por Netline y OPS) dan cuenta de que ciertos OMV, al contar con algunas de las instalaciones necesarias para prestar los servicios de que se trata, sólo necesitarían parte de tales facilidades, circunstancia que justificaría el cobro de un precio menor, pese a lo cual tal situación no habría sido considerada en las ofertas de autos.

Al respecto exponen que, de acuerdo a lo expuesto por la Fiscalía Nacional Económica, fue dicho ente fiscalizador quien propuso a las demandadas efectuar una misma oferta de facilidades que operase como un acuerdo marco, sin perjuicio de que de los contratos de OMV acompañados a los autos aparece que, si bien contienen términos generales similares para todos, cada uno presenta particularidades que permiten adaptarse a las necesidades de los distintos contratantes, como lo propuso la señalada entidad fiscalizadora.

Enseguida subrayan que los elementos de red que OPS y Netline detentan corresponderían a un nodo de conmutación y a la base de datos de la red, es decir, al denominado HLR, respectivamente, componentes que, por pertenecer a la red de núcleo o Core del OMR, no podrían ser desagregados en la oferta mayorista, de lo que se sigue que su exclusión en la propuesta presentada a un OMV que los posea parcial o totalmente no significaría un ahorro en costos para el OMR,



dada la imposibilidad de separarlos de las facilidades ofrecidas.

En esos términos, y considerando que OPS no cuenta con una infraestructura de red desarrollada, concluyen que la interconexión efectuada a través de la infraestructura de esa actora sería ineficiente, pues desde esta última la comunicación necesariamente deberá ser redireccionada para completar la telecomunicación, destacando al efecto que, en el caso de una llamada dentro de la red del propio OMR, tal enrutamiento puede significar costos adicionales e innecesarios para el OMR contratado, pues se produce un enrutamiento superfluo desde la red de este último hacia la infraestructura del OMV, que luego debe volver a la red del OMR en cuestión, de lo que deducen que, en caso de integrar la infraestructura del OMV, el OMR podría incurrir en costos mayores, proceder que resulta económicamente ineficiente.

En los términos referidos arriban a la convicción de que no se ha verificado un incumplimiento de la sentencia por la vía de negar la venta de manera indirecta, a través de la discriminación anticompetitiva acusada.

DÉCIMO SEXTO: Que, para desechar la petición de Netline consistente en que se obligue a las demandadas a proponer a los OMV el precio más bajo ofrecido en el mercado minorista, tienen presente que los OMV no participan como clientes en el mercado minorista, de modo



que no es apropiado comparar los valores ofrecidos en uno y otro mercado, debiendo determinarse, por la inversa, si un modelo de negocios de una empresa igualmente eficiente que las demandadas, que utilice los precios mayoristas como insumo, es viable en el mercado minorista, y no si los precios son idénticos en dos mercados con costos, oferentes y demandantes distintos.

Por último, desestiman la solicitud de Netline referida a que las ofertas mayoristas deberían garantizar un margen de 50% a cada OMV, pues, según indican, no existe un análisis en autos que explique por qué ese es un margen razonable, a lo que adicionan que no corresponde al TDLC determinar o definir un margen adecuado para un OMV, pues la determinación de precios o márgenes de mercado excede sus competencias.

En las anotadas condiciones deciden rechazar las acciones intentadas, puesto que las demandadas realizaron ofertas mayoristas, sean de facilidades o de reventa de planes, cuyas condiciones comerciales permiten el ingreso de competidores tan eficientes como quienes las proponen, sin que se haya demostrado por, su intermedio, se genere estrangulamiento de márgenes o que sus términos resulten competitivamente discriminatorios, destacando al efecto que al menos ocho OMV ingresaron al mercado de la telefonía móvil luego de suscribir los correspondientes contratos con diversos OMR.



DÉCIMO SÉPTIMO: Que para decidir acerca de las reclamaciones deducidas en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se hace necesario precisar, en primer lugar, los términos de la discusión planteada en autos.

Al respecto resulta útil consignar que, si bien las recurrentes Netline y OPS fundan sus recursos, al menos en parte, en la circunstancia de que el citado Tribunal no comprendió o restringió la manera en que fueron planteadas sus demandas al entender que la cuestión de fondo debatida se limita al incumplimiento del fallo de esta Corte de 23 de diciembre de 2011, es lo cierto que los términos en que aparecen formuladas sus acciones restan sustento a dicha argumentación.

En efecto, de la presentación de fs. 93 queda en evidencia que, aun cuando se imputa a las demandadas la infracción reiterada del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, la misma se hace consistir en la *"negativa de entrega de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Excma. Corte Suprema"* y en la *"discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento o pisamiento de márgenes al, entre otras conductas, ofertar y entregar a mi representada precios mayoristas superiores a los precios minoristas"*.

Más adelante la actora añade que la sentencia indicada más arriba contiene dos obligaciones, una de dar y otra de



hacer, y que esta última consiste en *"presentar en un plazo de 90 días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, que es la obligación que en estos autos demandamos como incumplida"*, de modo que las demandadas *"han transcurrido casi 2 años en flagrante incumplimiento"*.

En este sentido, aborda a continuación el examen de las características que deberían reunir las propuestas de que se trata y concluye que no las satisfacen, pues no son serias, no son completas, no son generales, no son uniformes ni objetivas, son discriminatorias y vulneran el principio de buena fe, precisando, en definitiva, que del análisis practicado resulta *"evidente la práctica de discriminación arbitraria de precio que estrangula los márgenes de los OMs"*. Sostiene también que los precios mayoristas ofrecidos por los OMR impiden replicar la oferta minorista que éstos mantienen en el mercado, actuación que *"sirve de base para establecer una presunción de abuso de posición dominante"* de parte de las demandadas.

Finalmente arguye que *"al bloquear o entorpecer el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil"* las incumbentes *"han obtenido hasta el día de hoy considerables beneficios económicos [...] desde el año 2007 hasta la fecha"*, agregando que *"la conducta actual de las*



demandadas en nada difiere de la sancionada por la Excma. Corte en sentencia de 23 de diciembre".

Termina solicitando que se declare que "las demandadas han infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que han consistido en negar injustificadamente la entrega de una oferta de facilidades a mi representada y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, en el caso de Entel PCS y Movistar; y de abuso de posición dominante al estrangular los márgenes a mi representada, en el caso de Entel, Claro y Movistar".

A su turno, en su demanda OPS manifiesta que las conductas reprochadas a las demandadas, referidas a la ejecución de prácticas exclusorias y a la creación de barreras artificiales, consisten en "negar injustificadamente la entrega de una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, que permita a OPS operar en el mercado de la telefonía móvil como operador móvil virtual".

Luego se refiere a las concretas conductas reprochadas a las demandadas y al respecto explica que éstas atentan en contra del Decreto Ley N° 211 al excluir a su parte del indicado mercado "mediante la negativa de todas ellas de otorgarle ofertas de facilidades y/o reventa de planes".



Sostiene, además, que "al bloquear el ingreso al mercado de OPS" las incumbentes "han obtenido hasta hoy un considerable beneficio económico [...] desde antes de agosto de 2007", agregando que "la actitud de Movistar, Entel y Claro no difiere en nada a la actitud adoptada por estas compañías durante el período anterior a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011".

Concluye pidiendo que se declare que "las demandadas han infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que han consistido en negar injustificadamente la entrega de una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que permita a OPS operar" en el citado mercado.

DÉCIMO OCTAVO: Que, como se observa de los antecedentes referidos precedentemente, las infracciones que sirven de sostén a las demandas de las citadas actoras radican en la falta de cumplimiento de lo ordenado por esta Corte en su fallo de 23 de diciembre de 2011, en tanto las prácticas exclusorias, la discriminación de precios, el estrangulamiento de márgenes y la negativa de venta se hacen consistir, en última instancia, en que las demandadas no han presentado las propuestas que este tribunal les mandó presentar o, en su caso, que las formuladas no



satisfacen las exigencias impuestas por esta Corte en cuanto a su contenido.

En otras palabras, si bien las demandantes han intentado dissociar en sus respectivos libelos ambas conductas, lo cierto es que de su sola lectura se desprende que constituyen una unidad, de modo que los sentenciadores definen acertadamente el asunto sometido a su conocimiento al concluir que *"las demandantes imputan a las demandadas haber incumplido la medida establecida en la Sentencia, por cuanto las ofertas presentadas por Telefónica, Entel y Claro a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia, al ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta"* y, en consecuencia, no es posible acoger las reclamaciones intentadas por Netline y OPS en cuanto aseveran que el fallo en análisis no entendió o restringió indebidamente el contenido de sus acciones.

DÉCIMO NOVENO: Que esclarecido lo anterior cabe consignar que, en el examen de las conductas imputadas por las demandantes a Entel PCS Telecomunicaciones S.A., a Claro Chile S.A. y a Telefónica Móviles Chile S.A., se ha de dilucidar si éstas tienen la aptitud de afectar la libre competencia en el mercado relevante de autos.

Para determinar, entonces, cuál es el mercado que, al tenor de los hechos de autos, puede ser calificado de



relevante se debe destacar, en primer lugar, que aquel a que se refiere el presente proceso incide, en general, en *“los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de los límites geográficos de la República de Chile”*, que comprende tanto los servicios de telefonía móvil propiamente tal, como los de voz, datos, banda ancha móvil, SMS, al que las actoras añaden aquel conformado por los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales de telefonía.

Sin embargo, dicha descripción resulta insuficiente, pues, conforme a las características y a la naturaleza de la industria de las comunicaciones móviles señaladas por las partes, es posible discernir la existencia en ella de dos mercados distintos, que satisfacen necesidades de dos tipos de clientes diversos, uno mayorista, o aguas arriba, y otro minorista, o aguas abajo, de servicios de telecomunicaciones móviles.

En el primero, vale decir, en el mayorista, las demandadas operan como proveedoras de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, siendo utilizados estos últimos por los OMV para competir en el mercado minorista, mientras que en éste participan diversos OMR y OMV como oferentes de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales. Así las cosas, y como resulta evidente, existen dos mercados que se relacionan con las



conductas denunciadas en la especie, uno mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles y otro minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales.

Asimismo, y como surge de los antecedentes de autos y de lo resuelto por esta Corte en su sentencia de 23 de diciembre de 2011 tantas veces citada, en cuanto estableció que se encuentra *"acreditada la negativa de venta de manera injustificada por las empresas requeridas, por lo que los operadores móviles virtuales se han visto impedidos de actuar en el mercado pues les ha sido imposible acceder al insumo esencial para la provisión del servicio público de telefonía móvil, esto es, el espectro radioeléctrico"*, forzoso es concluir que aun cuando es posible que ingresen nuevos competidores al mercado minorista como operadores móviles virtuales, tal ingreso está sujeto a la existencia de una oferta de facilidades por parte de un OMR en condiciones económicamente razonables, de lo que se sigue, evidentemente, que, de haberse producido el incumplimiento denunciado por los demandantes, éste tendría efectos en el mercado minorista, pues impediría o dificultaría su ingreso al mismo, afectando o entorpeciendo la competencia en él.

VIGÉSIMO: Que al tenor de tales elementos de juicio es posible concluir que el mercado relevante está constituido, en la especie, por los servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales que se prestan en el mercado minorista.



VIGÉSIMO PRIMERO: Que, a continuación, procede examinar aquellos yerros denunciados por todos los recurrentes consistentes en que los falladores habrían decidido, de manera inapropiada y desacertada, que las demandadas podían dar cumplimiento a lo ordenado por esta Corte presentando, alternativamente, ofertas de facilidades o de reventa de planes, pues la finalidad procompetitiva de tal decisión y lo estatuido en las reglas de interpretación establecidas en el Código Civil señalan que se hallan obligadas a formular ambas clases de propuestas.

Sin embargo, para desestimar dichas acusaciones basta considerar que, aun cuando se aceptare que resulta apropiado aplicar a una sentencia judicial las normas de interpretación de la ley establecidas en el Código Civil, tales disposiciones respaldan la decisión adoptada en el fallo en estudio, pues, en tal labor, los magistrados se limitaron a acudir al sentido natural y obvio de las palabras empleadas y, en especial, de la partícula "y/o" utilizada en la parte resolutive de la sentencia. En efecto, al acoger las reclamaciones deducidas en esa ocasión esta Corte, después de condenar a las demandadas al pago de sendas multas, les ordenó presentar en un plazo de noventa días una *"oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales"*, sobre la base de los criterios que allí se indican. Dicha expresión, a su vez, da cuenta, efectivamente, de la posibilidad en que se



halla el destinatario de su mandato de seleccionar o elegir una de las posibilidades que en la misma se mencionan, pues por su intermedio se plantea una alternativa o disyuntiva, que, si bien autoriza a su destinatario a presentar ambas, en tanto no ha sido formulada en términos tales que descarte de manera tajante y absoluta dicha opción, es indudable que le permite preferir una por sobre otra, sin sujetar dicha elección a parámetro alguno distinto de los criterios allí citados de generalidad, uniformidad, objetividad y no discriminación.

Conforme a lo razonado, entonces, es dable asentar que los juzgadores no se equivocan al rechazar esta parte de las acciones intentadas, desde que la sentencia de esta Corte no dispone, como lo sostienen los actores, que las demandadas se encuentren en la necesidad jurídica de presentar ofertas de las dos clases descritas.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que enseguida cabe examinar las alegaciones de las recurrentes basadas en que el fallo en análisis yerra al desechar la ocurrencia de las infracciones imputadas a las compañías demandadas, labor que se traduce en determinar si las ofertas tantas veces mencionadas dieron efectivo y cabal cumplimiento a la sentencia que contempló su establecimiento y en la que se debe tener en especial consideración que las acusaciones formuladas en su contra lo fueron en relación a conductas



individuales y no a un comportamiento coaligado, colectivo o unificado de las tres.

Para ello resulta necesario abordar las acusaciones de negativa de venta, de estrangulamiento de márgenes y de discriminación anticompetitiva efectuadas por los actores.

Así, y en relación al reproche formulado por Netline al fallo basado en que habría omitido pronunciarse acerca de la acusación de negativa de venta planteada en contra de Entel, en cuanto ésta sólo habría aceptado contratar previa suscripción de un acuerdo de limitación de responsabilidad, pese a su carácter exclusorio, para desecharlo basta considerar que, si bien es efectivo que la sentencia nada dice al respecto, ello se debe a que no existe prueba suficiente que demuestre la efectividad del aserto en que se apoya esta alegación y que, aun cuando se hubiere comprobado que dicha exigencia fue planteada por Entel a esta demandante, la misma resulta irrelevante considerando que más adelante aquella compañía habría modificado su postura solicitando a cualquier interesado en acceder a sus propuestas mayoristas, en lugar de la citada cláusula, la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, mismo que corresponde, según se acreditó, a una práctica usual en este mercado y cuya implementación en la especie fue sugerida por la Fiscalía Nacional Económica.

VIGÉSIMO TERCERO: Que desechada la procedencia de la antedicha acusación corresponde determinar si en el caso en



examen se han verificado los supuestos del estrangulamiento de márgenes alegado por los demandantes, conducta que sería el resultado, según arguyen, de los términos en que han sido formuladas las ofertas mayoristas presentadas y de los precios cobrados por éstas en el mercado minorista.

En esta perspectiva resulta útil precisar que, tal como acertadamente lo decidieron los magistrados del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la prueba aparejada por los actores es insuficiente para comprobar la concurrencia del señalado estrangulamiento de márgenes, desde que la misma se halla aquejada por diversos defectos, que los falladores analizan detenidamente, y que le restan credibilidad y mérito de convicción. Así, por ejemplo, el informe presentado por OPS considera todos los minutos de voz, mensajes y datos contenidos en cada uno de los planes que emplea en su análisis, pese a que una decisión como la señalada sesga los resultados a que arriba, pues, como es evidente, el operador móvil virtual únicamente deberá solucionar aquellos que sus clientes efectivamente empleen, mismos que, como quedó asentado en el fallo, corresponden a una cifra menor que el total previsto en el plan respectivo; asimismo, dicho informe no explica por qué consideró para su estudio los planes que incluyó, pese al elevado número de los mismos con que cuenta cada una de las demandadas, ni tampoco detalló cuáles son las razones que condujeron a su autor a concluir que una empresa entrante o



un competidor eficiente deben contar precisamente con tales planes en su portafolio y no con otros. Más aun, al prestar declaración en autos el profesional que lo suscribe expresa, contradictoriamente con lo razonado, que *"ningún operador móvil virtual está obligado a seguir los planes que están en el mercado, pueden crear planes nuevos, planes distintos y pueden operar donde quieran"*, a lo que se suma que, según sostiene en ese mismo acto, las ofertas presentadas *"en los planes de prepago sí tienen claramente utilidad"*.

Por otro lado, el informe aparejado por Telcomax presenta falencias similares a las descritas precedentemente, a lo que se adiciona que en él no se consideran flujos de caja en el tiempo, pese a lo cual en su declaración judicial su autor señaló que *"para ver si la compañía tiene utilidad, hay que verlo en un flujo de caja en el tiempo"*, agregando luego, sin embargo, que *"ese análisis no está en el informe nuestro"*.

Finalmente, el informe acompañado por Netline tampoco genera convicción probatoria, desde que emana de su propio Gerente de Negocios, es decir, de una persona íntimamente involucrada con las expectativas e intereses de esa parte, a lo que se añade su incompletitud, pues sólo analiza la situación presentada en relación a la demandada Movistar.



VIGÉSIMO CUARTO: Que, todavía más, el examen del proceso demuestra que las demandadas aparejaron sus propios informes económicos.

De ellos, aquel presentado por Telefónica concluye que un OMV con un desarrollo similar al de Virgin (empleado en este caso como un competidor "razonablemente eficiente") está en situación de obtener importantes beneficios económicos en un período de tiempo relativamente breve, en el supuesto de que ingrese al mercado de prepago, existiendo potencial para que pueda expandirse ofreciendo planes de postpago de manera rentable una vez haya alcanzado una masa crítica de clientes, antecedentes que permiten a los sentenciadores concluir, correctamente, que la oferta de Movistar pasaría los tests económicos aplicables en la especie, permitiendo el ingreso de un competidor igualmente eficiente a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil.

Del mismo modo, el informe acompañado por Entel concluye que su oferta permite que el negocio desarrollado por un nuevo OMV sea factible económicamente, hasta el punto de que podría obtener un margen acumulado por abonado positivo en un período relativamente corto de tiempo de ocho meses.

A su turno, el informe económico de Claro establece que la oferta de esta compañía de junio de 2013 permitiría a una empresa modelo, que comercializara los principales



planes de Claro, obtener una rentabilidad positiva o levemente negativa en algunos casos, dependiendo de la incidencia de cada plan insignia en sus ventas totales, siendo del caso destacar que si los datos que contiene son promediados para doce meses, no se encuentran planes con rentabilidades negativas.

Por último, los falladores invocan como basamento de su decisión el contenido del informe de archivo de la Fiscalía Nacional Económica, en el que se concluye que "*las últimas versiones de las propuestas mayoristas de servicios para la operación móvil virtual, allegadas por Claro, Entel y TMCH a esta investigación, permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado*", antecedente que coincide con los expuestos más arriba.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en consecuencia, no existen antecedentes en autos que sustenten la acusación de estrangulamiento de márgenes planteada por los demandantes, motivo suficiente para desechar sus reclamaciones en este extremo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que para desechar, a su vez, las acusaciones de discriminación formuladas por los actores en relación a los precios y condiciones comerciales que las demandadas ofrecen a sus clientes minoristas, se debe señalar que la prueba rendida en autos no demuestra que las ofertas mayoristas de que se trata contengan diferencias



arbitrarias que impidan la entrada de los reclamantes a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil.

En tal sentido, es posible subrayar que, atendidas las características que presentan los mercados mayorista y minorista de servicios de telefonía móvil, resulta evidente que entre ambos median circunstancias que los diferencian de manera esencial y que, por lo mismo, los precios cobrados por las demandadas a sus clientes minoristas no son comparables, en términos de costos, ni pueden serlo, con aquellos que aplican a los operadores móviles virtuales en el mercado mayorista. Así, por ejemplo, se puede mencionar que en el mercado mayorista los OMV se desempeñan como clientes, mientras que en el minorista actúan como oferentes; de esta característica se sigue, además, la imposibilidad de comparar las condiciones comerciales que los OMR ofrecen a sus clientes finales con aquellas que plantean a los OMV, tales como la exigencia de boletas de garantía o la duración mínima de los contratos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por otro lado, las acusaciones de discriminación relativas a las condiciones comerciales ofrecidas por las demandadas a los mismos OMV también serán rechazadas considerando que las únicas acusaciones sobre el particular fueron planteadas por Netline y OPS, quienes sostuvieron que un OMV full o completo, como ellas, cuenta con instalaciones de red propias que justifican un cobro menor de parte de las demandadas, dado que sólo necesitan



algunas de sus facilidades, particularidad que, sin embargo, no fue considerada en las propuestas enviadas.

Al respecto se debe tener presente, en primer lugar, que la prueba aparejada al proceso demuestra que, tal como se concluye en el fallo en revisión, fue la propia FNE quien sugirió a las compañías demandadas confeccionar una oferta de facilidades que actuase como acuerdo marco, de modo que, a partir de dicha base y conforme a negociaciones separadas mantenidas con cada OMV interesado, se pudiesen acordar las particularidades técnicas y económicas aplicables en cada contrato, como efectivamente ocurrió en los hechos. Tal carácter coincide, además, con la exigencia de generalidad de las ofertas formulada por esta Corte en su sentencia de 23 de diciembre de 2011 y refleja, además, una flexibilidad que permite, como es evidente, abordar en la etapa de negociación las peculiaridades de cada OMV y las condiciones contractuales que, libremente acordadas, han de responder a esa singularidad, incluyendo entre ellas, naturalmente, la existencia de elementos de red de diversa clase, desde que no resulta posible anticipar todas y cada una de las situaciones, diversas y específicas, que pueden presentarse en el tráfico comercial y, menos aun, en una actividad como la de autos, en la que predominan aspectos técnicos y tecnológicos que constantemente se encuentran sujetos a cambios e innovaciones, muchas de ellas de la mayor relevancia.



Sin perjuicio de lo señalado, es oportuno señalar que las probanzas aparejadas a la causa comprueban, a diferencia de lo sostenido por las reclamantes, que las facilidades o elementos de red con que cuentan OPS y Netline (específicamente un nodo de conmutación y un HLR o base de datos de la red), integran o forman parte de la red de núcleo o Core del OMR y que, por lo mismo, no pueden ser desagregados de la oferta mayorista pertinente, de manera que el precio cobrado por la demandada respectiva no podría ser modificado, sea que tales elementos de red sean incluidos o no en la misma.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que de esta manera, entonces, cabe concluir que, pese a lo aducido por los recurrentes, los juzgadores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no sólo no contradijeron el mérito de las probanzas rendidas en autos, sino que, por el contrario, resolvieron el asunto sometido a su conocimiento conforme al mismo, de modo que se deberán desestimar los recursos en estudio en cuanto por ellos se sostiene que, desoyendo las probanzas rendidas, los falladores rechazaron las demandas intentadas en la especie, pese a que, a su juicio, las infracciones que se les imputan habrían resultado cabalmente demostradas, así como aquellas que les reprochan no haber atendido en su fallo a los diversos elementos de red con que cuenta cada uno de los actores.



VIGÉSIMO NOVENO: Que llegados a este punto se hace necesario examinar si, como lo sostienen los recurrentes, las demandadas habrían incumplido el fallo dictado por esta Corte en lo que dice relación, además, con la oportunidad de presentación de sus ofertas, considerando que las conductas reprochadas se verificaron a contar del 23 de diciembre de 2011 y que, por consiguiente, de estimar que las demandadas entregaron a los actores ofertas que satisficieran lo exigido por esta Corte, ello habría ocurrido una vez vencido el plazo establecido para su cumplimiento.

Al respecto cabe consignar que la sentencia en examen dio por establecido que Claro presentó ofertas en abril de 2012, en junio de 2013 y en abril de 2014; que Entel hizo lo propio en abril y diciembre de 2012, en septiembre de 2013 y en abril de 2014 y, finalmente, que Telefónica presentó sus ofertas en abril de 2012, en agosto y diciembre de 2013 y en abril de 2014.

Asimismo, se debe precisar que, dictada sentencia por esta Corte con fecha 23 de diciembre de 2011, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó el cúmplase de la misma con fecha 17 de enero de 2012, data a contar de la cual comenzó a correr el plazo de noventa días dispuesto para la presentación de las propuestas de que se trata.

TRIGÉSIMO: Que como se observa de los antecedentes referidos en la fundamentación que precede, las tres



compañías demandadas presentaron ofertas de "facilidades y/o reventa de planes" dentro del término de noventa días establecido por esta Corte, dándose el caso de que, incluso, el 21 de abril de 2012 Entel solicitó a ese Tribunal que tuviera presente el cumplimiento de lo ordenado y acompañó una copia de su oferta, acción que replicaron las otras dos demandadas los días 27 de abril de 2012 y 4 de mayo de 2012, cuando también acompañaron a ese proceso copias de sus propuestas.

De lo expuesto aparece con claridad que las demandadas dieron oportuno cumplimiento a lo ordenado por esta Corte.

A mayor abundamiento, es dable indicar que, si bien las demandantes cuestionan que tales ofertas se hayan apegado a los criterios establecidos por este Tribunal al ordenar su formulación y que la FNE reprobó, inicialmente al menos, el apego de las propuestas a tales lineamientos, ello no implica *per sé* que las demandadas hayan incurrido en la insatisfacción que se les imputa. En efecto, la citada autoridad comenzaba las críticas formuladas a tales propuestas en junio de 2012 calificando a las ofertas de completas; enseguida cuestionaba que sólo abordaran la reventa de planes o el ofrecimiento de facilidades y no ambas; precisaba que, si bien los precios no eran discriminatorios, en algunos casos podían resultar algo elevados, conforme a una comparación entre precios mayoristas y minoristas; en otros aspectos censuraba, verbi



gracia, la falta de determinación del plazo de vigencia de los contratos o su excesiva brevedad, la fórmula de ajuste de la oferta, la falta de estandarización de ciertos procedimientos, la existencia de limitaciones a la posibilidad de negociar, etc.

Semejantes reproches no parecen suficientes para justificar, al menos en principio, el incumplimiento acusado en autos, puesto que inciden en asuntos de menor entidad, tales como el plazo de vigencia de los contratos, la fórmula de ajuste de la oferta o la falta de estandarización de ciertos procedimientos, o aluden a cuestiones cuya resolución ha debido ser sometida al conocimiento y decisión de la jurisdicción. Así, por ejemplo, la presentación de ofertas que sólo consideraban la reventa de planes o el ofrecimiento de facilidades y no ambas ha sido materia de esta sentencia, al igual que lo apropiado, o no, de emplear como parámetros para definir la existencia de discriminación anticompetitiva los precios cobrados a clientes mayoristas y minoristas.

La sola circunstancia de que tales censuras hayan debido ser dirimidas por la judicatura pone de relieve que su sola existencia no es sinónimo, necesariamente, de una infracción a lo dispuesto por esta Corte. Por el contrario, y tal como se ha resuelto precedentemente, tales reproches carecen de sustento, pues la obligación de presentar ofertas de facilidades y/o reventa de planes es



alternativa, de manera que las empresas demandadas no se encuentran en la necesidad de presentar ambas; a su turno, han quedado establecidas en autos las significativas diferencias que caracterizan a los mercados mayorista y minorista de servicios de telefonía móvil, constatación que descarta, en consecuencia, la existencia de discriminación en los precios cobrados en uno y otro.

Finalmente, cabe consignar que en el mismo informe de la FNE se lee que ésta sugirió a las incumbentes presentar ofertas que operasen como convenios marco, a fin de ser adaptadas a cada OMV interesado y que, más aun, concluyó que la primera oferta de Movistar "*permitiría el despliegue de nuevos OMV en el mercado*", de manera que, existiendo una discusión lícita y razonada entre las partes sobre este particular, e, incluso, expresiones vertidas por la autoridad fiscalizadora que dan cuenta del cumplimiento de amplios aspectos de aquello ordenado por esta Corte, no es posible aceptar que las demandadas incumplieron la sentencia de 23 de diciembre de 2011 al no ajustar a las aspiraciones, pretensiones y expectativas de los actores las primeras propuestas presentadas en abril del año 2012.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que otro tópico abordado por los recurrentes dice relación con lo inapropiado de estimar cumplidos los objetivos tenidos en consideración por esta Corte al establecer la obligación de que se trata, debido a que no se ha verificado un crecimiento relevante en la



participación que en el mercado relevante cabe a los Operadores Móviles Virtuales, puesto que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas ofrecidas por las demandadas no han resultado económicamente viables, destacando, asimismo, que los OMV existentes tienen una participación de mercado muy modesta.

Sobre el particular basta señalar que la obligación impuesta por esta Corte, si bien tiene un evidente cariz procompetitivo, no se extiende, ni puede pretenderse que lo haga, al éxito de los emprendimientos que diversas empresas puedan acometer con la finalidad de iniciar actividades como OMV, pues ello supondría reclamar de este Tribunal facultades de las que carece, máxime si los resultados de un negocio como el descrito dependen, indudablemente, de diversos factores, no todos los cuales pueden ser reconducidos a la actuación de las demandadas, de manera que no existen antecedentes de ninguna clase que justifiquen la revocación de lo que viene decidido como consecuencia del eventual fracaso de aquellas compañías que han intentado ingresar al mercado relevante de que se trata bajo la modalidad referida.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, finalmente, para desechar la acusación de que los sentenciadores no habrían emitido pronunciamiento acerca de una supuesta confesión de las demandadas referida a una de las conductas que se les imputan, en particular aquella que se hace consistir en que



las demandadas habrían formulado ofertas de facilidades en relación al segmento de prepago, basta señalar que la misma carece de todo fundamento, desde que corresponde a una mera apreciación de la recurrente Netline, pues no se aprecia que las demandadas hayan estructurado sus propuestas de la indicada manera. Por el contrario, el examen del proceso y del recurso demuestra que la antedicha corresponde, en realidad, a una opinión de dicha actora, quien cree ver en las ofertas una intencionalidad como la mencionada, que esta Corte, sin embargo, no advierte.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en lo tocante a la reclamación deducida por la demandada Telefónica, no se hará lugar a ella.

Así, en relación a la alegación de que la interrupción natural de la prescripción es inaplicable en la especie, la misma será desechada considerando que no existe disposición legal alguna que excluya la aplicación, en esta materia, de tal instituto.

Por otro lado, y por estimar que los demandantes han tenido motivo plausible para litigar, no cabe sino desestimar esta parte del reclamo, pues no existe, en consecuencia, motivo para acceder a él, modificando lo que viene decidido en esta parte.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que por las consideraciones antes expuestas forzoso es concluir que la sentencia que se revisa no ha incurrido en los errores que los reclamantes



pretenden, debiendo ser rechazados los recursos en todas sus partes.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 3 y 27 del DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, **se rechazan** los recursos de reclamación deducidos por los demandantes Telecomunicaciones Max Limitada, Netline Mobile S.A. y OPS Ingeniería Limitada, a fojas 9289, 9336 y 9425, así como por la demandada Telefónica Móviles Chile S.A. a fs. 9548, en contra de la sentencia de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, escrita a fojas 9206 y siguientes, dictada por el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia.

Se previene que la Ministro señora Egnem concurre al rechazo de las reclamaciones interpuestas por Netline Mobile S.A, Telecomunicaciones Max Limitada y OPS Ingeniería Limitada, haciendo constar que ha tenido en consideración preliminarmente las siguientes razones, además de compartir las de la mayoría:

1.- Que en lo básico y medular de las demandas incoadas por Netline Mobile S.A., OPS Ingeniería Limitada, y Telecomunicaciones Max Limitada, entiende la previniente que se persigue declarar que las demandadas incurrieron en infracción del artículo 3 del Decreto Ley 211 al incumplir lo decidido por esta Corte Suprema en la sentencia de fecha



23 de diciembre de 2011 dictada en los autos Rol 7781-2010, ello, no obstante que se utilicen calificativos diversos para caracterizar unos mismos hechos, que igualmente integran el ámbito de la finalidad pro-competencia que las demandantes advierten en el fallo indicado.

En razón de tal sustento se persigue además que se sancione a las demandadas con arreglo a lo dispuesto por el artículo 26 del DL 211, y se acojan las solicitudes formuladas en el petitorio de las demandas respectivas de las actoras y reclamantes ya mencionadas.

2.- Que la anteriormente asentada ha sido también la comprensión general del conflicto por parte del TDLC cuando en el fundamento décimo de la sentencia reclamada expresa que "todas las infracciones anticompetitivas que se demandan -la negativa de venta, el estrangulamiento de márgenes y la discriminación anticompetitiva- tienen su origen en la acusación relativa a que las demandadas no habrían dado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia inicialmente aludida.

3.- Que en las condiciones descritas habiendo ya emitido pronunciamiento este tribunal en torno a las conductas denunciadas por las actoras, como vulneratorias del artículo 3 del DL 211 -razón por la que les fueron impuestas las sanciones, tanto pecuniarias, cuanto las medidas contenidas en lo resolutivo del fallo antes referido-, no resulta procedente requerir una nueva



definición en la sede declarativa para obtener la imposición de nuevas sanciones como si se tratara de un nuevo conflicto que la jurisdicción deba dirimir.

4.- Que el DL 211, que regula la materia ha previsto expresamente en su artículo 28, en lo que interesa, que: *"La ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento, corresponderá directamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que contará, para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia.*

Las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución.

Si cumplido el plazo el afectado no acreditare el pago de la multa, el Tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, apremiarlo del modo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil".

Esta norma ha entregado de manera expresa al TDLC la labor de llevar a cabo la ejecución de la sentencia dictada en los autos.

En este contexto, cabe anotar además que el artículo 29 del texto en mención hace aplicable al procedimiento de ejecución y cumplimiento las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.



A su turno el artículo 39 en su letra d) dispone que a la Fiscalía Nacional Económica corresponde: *"Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley"*.

5.- Que en el escenario descrito, si bien resulta comprensible la participación de la FNE en el proceso de cumplimiento de la sentencia tantas veces citada, no se entiende la inactividad de las reclamantes -que teniendo disponibles las herramientas legales adecuadas para exigir el cumplimiento en la forma que lo estimaren procedente, con las medidas coercitivas y de apremio que prevén las reglas generales aplicables-, no solicitaran ni reclamaran de las faltas o yerros que en esta sede han hecho valer.

6.- Que, siendo incuestionable que las normas procesales son de orden público no cabe sino concluir que no son disponibles para las partes. En lo que toca a la situación de la especie, lo anterior significa que no han podido estar los reclamantes en situación de optar entre solicitar la ejecución de un fallo o, iniciar un nuevo proceso contencioso declarativo, lo que conllevaría a una secuencia interminable de este tipo de sustanciaciones, dinámica que evidentemente no pudo estar en el ánimo del legislador, y de ello dan cuenta precisamente los citados



textos de los artículos 28 y 29 del DL N° 211, que regulan la forma de cumplir los fallos.

Acordada con el voto en **contra** de los Ministros señor Muñoz y señor Dahm, quienes fueron de opinión de acoger los recursos de reclamación interpuestos por los actores Telecomunicaciones Max Limitada, Netline Mobile S.A. y OPS Ingeniería Limitada, en atención a las siguientes consideraciones:

1°) Que en el análisis de las reclamaciones es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida



personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la



estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastián Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

2°) Que, en síntesis, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica: a) la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; b) el Estado tendrá siempre un papel subsidiario; c) el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público; d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las



que monopólicamente le correspondan al Estado; e) para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador; f) el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; j) el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; k) se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.

3°) Que el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21, tiene límites, que se establecen en el



mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

4°) Que, como se ha destacado con anterioridad, esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho



comparado ha evolucionado en la aplicación de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula.

En nuestro país el primer hito, está vinculado a la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959 que dispuso correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

“La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país, acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados.”

Esta ley substancialmente dispuso: “Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún



monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

"Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."

Posteriormente la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley 211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:



"1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;"

"2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;"

"3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;"

"4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;"

"5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura



orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;"

"6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines."

5°) Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs.



los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

6°) Que, en este mismo sentido, se ha señalado que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

7°) Que una vez asentadas las ideas anteriores se debe tener presente lo dispuesto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin



perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

8°) Que, asentado el marco jurídico que regula la materia, resulta imprescindible atender a las características de la industria de las telecomunicaciones,



que en los últimos años ha presentado cambios sustanciales, cuestión establecida en la sentencia CS N° 73923-16.

En efecto, en el año 1982 se dictó la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (LGT), que tiene por objeto terminar con el monopolio de las redes de telecomunicaciones que hasta ese entonces estaba en manos de la Compañía de Teléfonos de Chile (CTC) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), la primera era una empresa que si bien nació como una inversión privada, en el año 1971, quedó bajo el control del Estado, siendo la encargada de atender la telefonía local, mientras que la segunda era una empresa estatal, encargada de la de larga distancia e internacional. A través de la mencionada ley se buscó fomentar la competencia, abriendo el mercado a nuevos partícipes, comenzándose el proceso de privatización de ambas empresas.

Interesa destacar que desde la dictación de la Ley N° 18.168 hasta la fecha, han existido importantes pronunciamientos de la Comisión Resolutiva, en su época, y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los que han aplicado la normativa contenida en el Decreto N° 211, velando porque se cumplan los objetivos consagrados en ese cuerpo normativo que, como se ha señalado, establece una regulación que pertenece al orden público económico y que, en consecuencia, debe ser respetado en el desarrollo de toda actividad económica.



Como se sabe, el espectro radioeléctrico constituye un bien natural escaso que es imprescindible para la prestación de un servicio público que es concesionado a privados a través de licitaciones que se adjudican por medio de concursos públicos llevados a cabo por la autoridad sectorial, esto es, la Subtel.

Se ha señalado que la disponibilidad del espectro radioeléctrico constituye una barrera insoslayable para la entrada al mercado y que, además, determina los costos de prestar dichos servicios. En otras palabras, el espectro radioeléctrico es imprescindible para prestar los servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil, de modo que el que no accede a él no puede prestarlos, y quien lo posee en mayor cantidad que otro puede operar con ventajas competitivas.

Pues bien, lo anterior determinó la necesidad de impulsar la introducción de los OMV (Operadores Móviles Virtuales) al mercado nacional, el que tiene claras características oligopólicas. Con el ingreso de los OMV, se crea un mercado de acceso a facilidades de telecomunicaciones, razón por la que en la actualidad no es imprescindible contar con una red para participar en él, empero, la participación de los OMV y su capacidad de imprimir competencia pasa por el acceso que las operadoras de red le otorguen.



En efecto, en la actualidad en la industria de las telecomunicaciones existe un mercado mayorista de servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, en el que se transa el acceso a las redes móviles y, además, existe un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles.

Las demandadas tienen presencia en ambos mercados, cuestión que es trascendente, toda vez que determina la existencia de la integración vertical entre los operadores de redes, puesto que en la realización de su actividad económica están en relación de compradores o proveedores entre sí, integrando los diferentes mercados aguas arriba y aguas abajo. Respecto de esta figura se ha señalado: "Si bien la integración vertical no es en sí misma anticompetitiva, cuando se une al poder de mercado (...) puede hacer más fácil el traslado (leveraging) del poder de mercado hacia los mercados relacionados" (Tovar Mena, Teresa V., "Las telecomunicaciones y la libre competencia: un marco analítico básico", Revista Ius et veritas, N° 28, año 2004, p. 140)

En efecto, en el mercado aguas arriba las demandadas son oferentes, pues cuentan con infraestructura y concesiones de bandas del espectro radioeléctrico. Pueden vender al por mayor el servicio que prestan y además pueden ofrecer sus instalaciones a los OMV. Asimismo, aguas abajo,



las demandadas comercializan servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes finales y a otros minoristas.

Expone la autora antes citada: "Para paliar los potenciales efectos adversos de la integración vertical, el marco regulatorio establece el principio de neutralidad. Por este principio, la empresa que controla los mercados verticalmente, no debe usar el poder que tiene en un mercado para actuar en el otro de manera anticompetitiva (por ejemplo, cláusulas de atadura) ni imputar los gastos de un mercado poco rentable a otro más rentable (subsidios cruzados) sino que debe actuar en cada mercado como si no tuviera actuación en el otro u otros". (op. cit.).

10°) Que en el mercado mayorista nacional cada una de las demandadas tenía una participación que bordeaba el 30%. En tanto, en el mercado minorista el porcentaje de participación de las demandadas, era el siguiente: a) Telefónica, 38,32%; b) ENTEL, 36,52%; c) CLARO, 22,53%.

Las cifras expuestas dejan en evidencia que las empresas demandadas tienen una posición de dominio en el mercado relevante de las telecomunicaciones cuestión que está dada no sólo por el porcentaje individual de participación, sino porque existen factores, estructurales y de conducta, que determinan que una empresa se encuentre en tal posición. Es así como su altísima participación en el mercado minorista conlleva que aquellas, en forma



conjunta, manejaran más del 90% del mercado, circunstancia que comprueba la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas a quienes se imputa incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras, las cuales, eventualmente, pueden coordinar sus políticas comerciales, sin que exista un acuerdo expreso respecto de ello.

El alto grado de concentración de la industria, unido a la existencia de barreras de entrada al mercado mayorista, hace patente la existencia de riesgos para la libre competencia. En este aspecto, se ha referido, que no sólo es importante contar con bandas de espectro radioeléctrico sino que, eventualmente, puede ser beneficioso para las incumbentes impedir que ingresen nuevos operadores al mercado mayorista, toda vez que aquello les permite manejar el comportamiento del mercado minorista.

En razón de lo anterior se debe analizar en profundidad si las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva que les permitiría seguir gozando de la posición de dominio en el mercado, al



cerrarlo a nuevos competidores, teniendo presente que, como se señaló, el manejo del mercado mayorista deja a las incumbentes en una situación de privilegio en el mercado minorista, toda vez que, el manejo del primero determina indudablemente el comportamiento del segundo mercado.

Así, la participación en el mercado mayorista y minorista, la efectividad de tener éstas características oligopólicas y la existencia de barreras de entrada, permite aseverar que las tres demandadas tienen a la fecha una posición de dominio.

11°) Que, por otro lado, es necesario consignar que la evolución del Derecho de la Competencia en nuestro país ha tenido particularidades propias, puesto que el control del mercado ha quedado al amparo de una jurisdicción contencioso administrativa especial. Así, las decisiones jurisdiccionales en este caso están dirigidas a tener vigencia en el tiempo y en el mercado específico al que se refieren, en tanto no sean alteradas por una determinación de igual naturaleza, las que, por consiguiente, corresponde sean observadas por la autoridad sectorial respectiva y los incumbentes en esa actividad económica.

12°) Que lo anterior es trascendente, toda vez que en la especie, las reclamaciones impugnan la decisión de rechazar las acciones intentadas esgrimiendo, entre otros argumentos, que no es efectivo que en estos autos se demandara exclusivamente el incumplimiento de una medida



establecida en un procedimiento contencioso de libre competencia, toda vez que se denunciaron concretamente acciones tendientes a impedir la libre competencia.

Al respecto, si bien una primera lectura de las demandas pudiera conducir a la conclusión a la que arriba el tribunal, lo cierto es que un atento análisis permite establecer que aquello denunciado no se reduce al incumplimiento de las medidas ordenadas en la sentencia CS Rol N° 7781, de 23 de diciembre de 2011, sino que se refiere al no cumplimiento de lo ordenado en relación a poner a disposición de los OMV ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, a la vez que constituye, también, un ilícito anticompetitivo, refiriendo que las demandadas han ejecutado prácticas exclusorias en el mercado de la telefonía móvil, con el objeto de impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia, creando barreras artificiales de entrada, consistentes en (i) la negativa de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la referida sentencia y (ii) la discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento de márgenes al ofrecer precios mayoristas con un valor superior al que ofrecen a su clientela minorista.

Si bien las conductas denunciadas se encuentran estrechamente vinculadas entre sí, ello no habilita a



reducir la acción al incumplimiento de una medida decretada por el tribunal, pues lo que se acusa excede con mucho tal contenido, y se relaciona, más bien, con el ámbito normativo que emana de la sentencia en la que se establece la obligación de presentar ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, la que de modo alguno se agota con una presentación de oferta, puesto que es una obligación que permanece en el tiempo y que las incumbentes deben cumplir, so pena de incurrir en un ilícito anticompetitivo.

13°) Que, asentado lo anterior, corresponde analizar si las demandadas efectivamente incurrieron en las conductas anticompetitivas que se les atribuyen, cuyo marco regulatorio está dado por la obligación asentada por la Sentencia CS N° 7781, que estableció que los Operadores de Redes Móviles demandados debían poner a disposición de los OMV ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. Tal disposición de carácter regulatorio permanente, tiene además un plazo concreto en relación a la conducta anticompetitiva sancionada en la referida causa, esto es, negativa de venta, por lo que se dispone un plazo de 90 días para cumplirla, el que en la especie expiró el 22 de abril de 2012.



Lo anterior es trascendente, toda vez que el objetivo de lo ordenado en la sentencia CS Rol N° 7781, como lo establece el TDLC, fue incentivar la entrada de los OMV al mercado minorista, fomentando la competencia. De modo que resulta imprescindible establecer si lo ordenado se cumplió en el plazo previsto y, en caso negativo, se debe establecer si en algún momento las incumbentes modelaron su conducta para efectos de determinar si existió un ilícito anticompetitivo, en atención a la alegación de los actores, consistente en que los comportamientos estratégicos de las demandadas demoraron indebidamente la entrada al mercado, erigiéndose una barrera artificial de entrada, través del ofrecimiento de ofertas que no satisfacían los criterios asentados por esta Corte.

14°) Que, como se señaló, en el mercado minorista, en el que incide la conducta denunciada, si bien pueden ingresar nuevos competidores como OMV, tal ingreso está supeditado a la existencia de una oferta de facilidades o de reventa de planes por parte de un OMR, en condiciones económicamente razonables.

La sentencia impugnada establece que las demandadas presentaron al menos tres ofertas de facilidades y/o de reventa de planes a la FNE en el expediente de investigación N° 2078/12. Pues bien, consta de la referida carpeta que el 11 de abril de 2012 se ordenó instruir una investigación a fin de recopilar los antecedentes



necesarios para fiscalizar el cumplimiento de la sentencia CS N° 7781-10. En el mismo mes las demandadas entregaron las ofertas de reventa mayorista y las pusieron a disposición de los OMV.

Consta, además, que el órgano fiscalizador presentó un informe ante el TDLC, en junio del año 2012, en que se señala:

a) Propuesta de Claro: se cuestionan aspecto sustantivos relacionados con la falta de determinación de plazo de vigencia de contrato, la fórmula de ajuste de la oferta, la falta de estandarización de procedimientos de adaptación de red, las condiciones de los procedimientos de homologación, y desbalances de cargos de acceso.

En relación a los precios, si bien no son discriminatorios, su nivel, en ciertos segmentos podría excluir el ingreso de potenciales OMV, cuestión que se vincula con la falta de seriedad de la oferta, ello fundado en que existen planes en que el valor ofrecido por la empresa a sus clientes minoristas es mayor a la oferta mayorista. Además se refiere que no transfiere las economías a escala, al no presentar descuento por volúmenes.

b) Propuesta de Entel: entre los aspectos cuestionados, se refiere la imposición de limitaciones a la posibilidad de negociar, falta de estandarización de procedimientos de adaptación de red, limitaciones a la



responsabilidad del oferente, las condiciones de los procedimientos de homologación y el tratamiento del índice de desviación de consumo.

En cuanto a los precios, en relación a los de voz, el precio ofrecido resultaría superior al cobrado por Entel a sus clientes minoristas. En relación a la banda ancha móvil, el valor ofrecido es superior al implícito cobrado por la empresa a sus clientes minoristas, en todos sus planes, por lo que no puede ser calificada como una oferta seria.

c) Movistar: se cuestiona la falta de estandarización de los procedimientos de adaptación iniciales y lo excesivo del plazo mínimo de los contratos.

En la referida presentación se realizan una serie de consideraciones en torno a los requisitos que deben cumplir las ofertas para satisfacer lo dispuesto por esta Corte en los autos 7781-2010.

Luego, las demandadas en el año 2013 presentaron una segunda versión de ofertas de facilidades, en los meses de junio (Claro), septiembre (Entel) y diciembre (Movistar). Finalmente, las demandadas presentaron sus últimas versiones de las ofertas, en abril del año 2014.

A través del informe del Jefe de Unidad de Infraestructura, redes y otros, el 20 de mayo de 2014, se señala que la última propuesta de las empresas cumple las exigencias impuestas por la Corte. Hace un análisis



comparativo de las ofertas. Primero se utiliza un criterio de evaluación financiera, señalando que las últimas generan un VAN positivo, por lo que la inversión del OMV sería rentable. Se excepciona a Claro, cuya oferta genera un Van negativo cuando se consideran sus propios precios minoristas; sin embargo, es positivo si se compara con los precios de Entel y Movistar. Se refiere que existe una mejora considerable entre las primeras ofertas y las últimas.

A continuación se realiza un análisis comparativo fundado en un criterio de diferenciación entre ingreso promedio por usuario (ARPU), concluyendo que las ofertas han experimentados mejoras significativas, permitiendo ahora la participación general en el mercado, cuestión que no permitían las primeras ofertas. En relación a Claro, si bien no se cumple al evaluar los costos de la propuesta con sus propios ingresos y costos del retail, lo cierto es que sí permitiría competir con el resto de los OMR.

Sobre la base de tal informe, el 5 de junio de 2014, el Fiscal Nacional, atendida la evolución de las ofertas presentadas, cumpliendo las últimas propuestas mayoristas las exigencias que permitirían a los OMV competir en el mercado, ordena archivar los antecedentes.

Consta además a fojas 3.290 el informe de Ingenieros Consultores, encargado por la FNE, emitido el 25 de abril de 2013, en el cual se concluye que hay estrangulamiento de



márgenes en la mayoría de las ofertas mayoristas vigentes, examinando las ofertas: a) Movistar, diciembre de 2012, b) Entel, enero de 2013 y c) Claro, marzo de 2013. Asimismo señala que las ofertas de Movistar y Entel establecen diferencias significativas injustificadas por servicios de un mismo tipo, con respecto a convenios mayoristas ya firmados. Recomienda, a modo de conclusión, que las tres ofertas mayoristas sean reformuladas.

15°) Que, tal como lo asienta el fallo, para que se configure el estrangulamiento de márgenes se requiere que: (i) el proveedor de un insumo esté integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta.

Al respecto, es incuestionable que se cumplen las dos primeras exigencias, puesto que las demandadas se encuentran integradas verticalmente, pues participan en los mercados mayorista y minorista de telefonía móvil. Para los OMV, es esencial acceder a las facilidades o planes de reventa que los Operadores de Red ofrecen para ingresar al mercado minorista.



En consecuencia, era esencial determinar si los precios ofrecidos por las demandadas permitían el ingreso de competidores eficientes, análisis que el fallo cuestionado no realizó, pues únicamente se limitó a realizar un examen de las ofertas de facilidades presentadas por las demandadas en abril del año 2014, sin realizar el examen de aquellas presentadas en los años 2012 y 2013, refiriendo además que no se debe analizar el porcentaje mínimo de ganancia posible de las OMV, al estimar que no era su función fijar precios.

16°) Que, para quienes sostienen este voto particular, los antecedentes expuestos en los fundamentos precedentes son suficientes para acoger las reclamaciones deducidas, toda vez que es efectivo que la sentencia impugnada carece de un análisis respecto del contenido de las ofertas anteriores al año 2014, las que no cumplían las exigencias impuestas por esta Corte, en tanto estrangulaban precios, pues las condiciones ofrecidas determinaban que el margen de ganancia con que podían operar los OMV, en la mayoría de los casos, era negativo o sólo levemente positivo, es decir, no eran competitivos. Es en este escenario en que se deben analizar las reclamaciones de autos, puesto que el ingreso competitivo de los OMV al mercado nacional claramente se vio retardado por las conductas de las demandadas, quienes, en términos simples, pusieron a disposición de aquéllos ofertas de facilidades que



determinaban para éstos operar con costos superiores a los precios minoristas ofrecidos por las incumbentes a sus clientes, haciendo ilusoria la competencia.

El TDLC señala que no es su función establecer precios, y eso es cierto; sin embargo, aquello no implica que se prescinda del análisis de los mismos para efectos de establecer si existió la conducta anticompetitiva denunciada, análisis en que necesariamente se debe determinar la existencia de un margen razonable de ganancia para operar en el sistema, el que, al contrario de lo señalado por el tribunal, no se debe realizar atendiendo al test del competidor igualmente eficiente, pues las economías a escala de las demandadas y las ventajas competitivas relacionadas con su participación en el mercado mayorista y minorista lo impiden, pues no se trata de competidores similares. Así, el test adecuado es el de competidor racionalmente eficiente, pues a través de este criterio se evita asegurar ganancias a empresas ineficientes, empero, se reconocen las diferencias que existen entre los distintos participantes del mercado de las telecomunicaciones.

Así, resulta trascendente señalar que sólo en el mes de abril del año 2014 las demandadas ajustaron sus ofertas a los criterios asentados por esta Corte en la sentencia de 23 de diciembre de 2011, que estableció que debían poner a disposición de los OMV ofertas de facilidades y/o reventa



de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. En efecto, las demandadas debían cumplir con la exigencia presentando las ofertas en un plazo máximo de 90 días desde que quedara ejecutoriado el referido fallo, mismo que venció el 22 de abril de 2012. Pues bien, no bastaba la sola presentación de las ofertas, sino que estas debían cumplir los criterios expuestos para efectos de permitir el ingreso de los OMV al mercado nacional, imprimiendo competencia. Así, desde la sola perspectiva del eventual cumplimiento de la sentencia, las demandadas no cumplieron, pues sus ofertas no satisfacían aquello que fue ordenado. Empero, aquello no es lo relevante, pues como se señaló, la referida sentencia tiene un ámbito normativo, por lo que las Operadoras de Red debían desde aquella data mantener a disposición de los OMV las ofertas con tales características, obligación permanente, cuyo desconocimiento, atendida las condiciones del mercado explicadas en los razonamientos precedentes, constituye una conducta anticompetitiva, pues les asegura no contar con competencia, manteniendo su posición de dominio.

En el caso particular de los actores se encuentra acreditado que son titulares de sendas concesiones de servicio público de telefonía móvil, y que desde el año 2010 han intentado ingresar al mercado. Así, es trascendente la conducta de las demandadas, toda vez que



efectivamente la circunstancias de poner a disposición de los OMV, entre las que se encuentran los reclamantes, ofertas no competitivas, retrasó el ingreso de éstas al mercado. Aquello constituye una conducta anticompetitiva que no puede ser tolerada, pues el ajuste de la conducta a los criterios establecidos por esta Corte en la sentencia del 23 de diciembre del año 2011, sólo se produce en abril del año 2014. Es decir, se demoran dos años en ajustar sus ofertas, tiempo en el cual el ingreso de los OMV fue dificultoso, razón por la que no tuvieron que enfrentar competencia en el mercado minorista, incurriendo en la conducta anticompetitiva imputada.

Se debe enfatizar que las circunstancias actuales del mercado no son aquellas que fueron objeto de discusión y análisis, de modo que la conducta de las demandadas que se debe enjuiciar es aquella desarrollada partir del 22 de abril del año 2012, por lo que el examen de la conducta necesariamente debe ser retrospectivo. Así, la circunstancia que actualmente las ofertas de facilidades vigentes cumplan las exigencias para permitir la competencia de los OMV es irrelevante, pues aquello no excluye la circunstancia que por el lapso de dos años las demandadas no ajustaron sus conductas a los requisitos impuestos por la sentencia dictada en los autos CS Rol 7781-2010 y, con ello, retrasaron el ingreso de los OMV de



manera competitiva al mercado, asegurándose ganancias al no tener que enfrentar competidores en el segmento minorista.

Es en este punto en que se debe enfatizar que son las propias demandadas las que han señalado que el mercado de las telecomunicaciones presenta cambios vertiginosos, que la nueva tecnología obliga a la adaptación continua, razón por la que cabe preguntarse si el plazo de dos años que demoraron en poner a disposición de los OMV ofertas de facilidades que cumplieran las exigencias, es razonable. La respuesta negativa es clara, toda vez que el referido plazo no sólo retrasa indebidamente el ingreso de aquéllos al mercado, sino que, además, determina que los que a la fecha lo habían hecho, debieron enfrentar condiciones que les hacían imposible competir.

17°) Que, en consecuencia, se encuentra acreditada la conducta anticompetitiva de las demandadas, que es sancionable en virtud de lo establecido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, razón por la que a juicio de quienes disienten, se debió acoger la reclamación, para el sólo efecto de declarar que las demandadas incurrieron en la conducta anticompetitiva que se les imputa, ordenar que se abstengan en lo sucesivo de cometerlas e imponerles el pago de una multa.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm.

Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Rol N° 15.389-2017.



Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Jorge Dahm O. y Sr. Arturo Prado P. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Egnem por estar con feriado legal. Santiago, 11 de diciembre de 2018.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Maria Eugenia Sandoval G., Jorge Dahm O., Arturo Prado P. Santiago, once de diciembre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a once de diciembre de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

