

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 110/2011.

Santiago, 28 de enero de dos mil once.

VISTOS:

1. Demanda

1. Con fecha 8 de enero de 2010 la sociedad Will S.A. (en lo sucesivo también e indistintamente "Will" o la "demandante") interpuso una demanda en contra de la empresa Claro Chile S.A. (en lo sucesivo también e indistintamente "Claro" o la "demandada"), por realizar, a su juicio, conductas que distorsionan y entorpecen la libre competencia, infringiendo las disposiciones del artículo 3° del Decreto Ley N°211. Dichas conductas, desplegadas desde noviembre de 2009 hasta la fecha de la demanda, consistirían en abuso de posición dominante, prácticas predatorias, competencia desleal y otros atentados a la libre competencia, los que corresponderían a rebajas significativas en los montos de sus planes "Hogar", discriminando precios entre llamadas *on-net* y *off-net*, lo que a su juicio distorsionaría el mercado de las telecomunicaciones, incrementando la posición de dominio de Claro en el mercado relevante.

En su demanda, la actora expone lo siguiente:

1.1. Will S.A. es titular de una concesión de servicio público telefónico local, otorgada por el Decreto Supremo N°487, de 1999. Su giro principal, es la prestación de servicios de telefonía pública. A la fecha de la presentación de la demanda, alcanza una participación cercana al 1,56% en el mercado de la telefonía fija, según datos publicados por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en lo sucesivo también e indistintamente "Subtel") en su página web.

1.2. El mercado relevante es el de la telefonía pública y en ese mercado las operadoras de telefonía fija y móvil compiten entre sí, *"tanto en ofrecer acceso como en ofrecer uso"*.

1.3. La demandante y la demandada son competidoras en dicho mercado. Adicionalmente, se prestan mutuamente el servicio de acceso a su red para la terminación de llamadas.

1.4. Según datos de la Subtel, a septiembre de 2009, Claro tiene un parque de 2.927.039 líneas y Will 50.084 líneas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5. Que las prácticas anticompetitivas que ejecuta Claro en el mercado de la telefonía tienen también impacto en otros mercados, tales como banda ancha móvil, televisión de pago digital, servicios SMS y otros.

1.6. Will acusa a Claro de competencia desleal, al fijar precios predatorios en sus planes “Hogar”. Afirma que esta última establece un valor para las llamadas *on-net* (llamadas entre teléfonos de una misma empresa) en condiciones tales que es imposible de ser replicado por las compañías de telefonía fija, aún sacrificando todos los márgenes, ya que el precio que fija Claro en sus planes para dichas llamadas, es inferior a sus costos y al precio que cobra a Will por entregar el mismo servicio.

1.7. Señala que es evidente que las llamadas *on-net* significan para Claro un costo mayor que las llamadas *off-net* (esto es, las llamadas que se reciben a través de la interconexión), por el mayor uso de infraestructura, del espectro radioeléctrico concesionado y otros costos de administración, facturación, cobranza, morosidad, etcétera.

1.8. Indica que para prestar el servicio de terminación de llamadas en la red de la demandada, debe realizarlo obligatoriamente a través del servicio de interconexión de ésta, quien le cobra por dicho concepto los denominados “cargos de acceso”, que se regulan cada 5 años, de acuerdo a establecido en la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones. Señala que el valor del cargo de acceso fijado a Claro representa el costo de la inter-comunicación y por ende cualquier precio de venta bajo este valor será predatorio si no es ofrecido en condiciones no discriminatorias al resto del mercado. Afirma que es por esta razón que los precios de los planes “Hogar” serían discriminatorios, pues son inferiores a los cargos de acceso.

1.9. Afirma que la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva en su resolución N°524, del 19 de agosto de 1998, establece que para efectos de determinar si se está en presencia de una práctica de tarificación predatoria o *dumping* en servicios específicos de comunicaciones de larga distancia, lo relevante es si las tarifas aplicadas cubren los costos de dichas comunicaciones y no si el total de ingresos de la denunciada por concepto de todos los servicios que presta exceden el costo total de la empresa.

1.10. Indica que se debe analizar otro aspecto del plan ofrecido por Claro, esto es, que mientras el cargo fijo incluye las llamadas a su red, excluye las llamadas con destino a las otras redes móviles, para las que el cliente requiere contar con un saldo adicional, que se paga mediante recargas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.11. Afirma que con esta conducta Claro busca incrementar su posición de dominio y que la práctica predatoria constituye una barrera artificial a la implementación de la portabilidad numérica, a la entrada de nuevos competidores en el mercado de la telefonía móvil y a la implementación de los operadores móviles virtuales.

1.12. Señala que este H. Tribunal se ha pronunciado al respecto, recomendando eliminar la diferenciación tarifaria de las llamadas *on-net* y *off-net*, para así incrementar la competencia.

1.13. Señala que la actitud predatoria de la demandada puede ser abordada entendiendo que los precios de cargo de acceso fijados son máximos y se sustentan en los costos de proveer el servicio, entonces el valor de cargo de acceso se debe ajustar a la baja hasta equiparar al valor de llamada *on-net* menos el valor del tramo local, lo que generaría adecuadas condiciones para la competencia entre redes.

1.14. En mérito de lo descrito, solicita la demandante:

- a) “Se declare la ilegalidad de la discriminación entre tarifas *on-net* y *off-net* en todos los planes comercializados por Claro y se declaren nulos los contratos que establezcan esta discriminación. En protección de los consumidores, se ordene a Claro mantener vigentes las tarifas ofertadas para todas las llamadas independientemente de si el destino es *on-net* u *off-net*.
- b) Se ordene a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que a contar de la fecha en que se iniciaron las prácticas anticompetitivas (sic), a fin de que realice los cálculos necesarios para ajustar a la baja los cargos de acceso de la denunciada, de forma tal que por ellos se cobre el equivalente a la mínima tarifa ofrecida a público por la denunciada por el servicio de terminación de llamadas en su red menos el tramo local.
- c) Se condene a Claro a restituir a las interconectadas afectadas la diferencia de precio percibida entre la tarifa de cargo de acceso cobrada y la menor tarifa a pública ofrecida para el mismo servicio de terminación de llamadas en su red.
- d) Se ordene a las compañías interconectadas afectadas retornar los valores en exceso devueltos por Claro a sus respectivos suscriptores que fueron discriminados.
- e) Se establezca en el marco de la libertad tarifaria que si Claro desea en el futuro rebajar el precio del servicio de terminación de llamadas en su red a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus abonados (tarifa *on-net*), deba realizarlo de forma tal que no se produzca ninguna distorsión de mercado en el servicio de terminación de llamadas y por lo tanto deba ejecutar una baja en el cargo de acceso a las compañías interconectadas. Esta baja deberá ser comunicada con la anticipación debida para que a su vez las compañías puedan trasladar a sus clientes el beneficio de los menores costos.

- f) Se ratifique el criterio fijado por el H. Tribunal en su Informe N°2/2009, Causa Rol 246/08, por el cual el servicio de tramo local es un servicio que por su naturaleza corresponde a servicios provistos a otros operadores, que en ese sentido es correcto que debe ser fijado para todos los prestadores. Que la ley que establece la libertad tarifaria para las móviles, se refiere a los servicios prestados a los abonados y no a los servicios prestados a otras compañías y que en consecuencia corresponde a Subtel también proceder a fijar las tarifas para el servicio de tramo local a las compañías móviles y no sólo a las compañías fijas como ha hecho. Que considerando que el servicio de tramo local aplicado a las móviles afectaría aproximadamente al 50% del total del tráfico telefónico del país, es decir muchas veces superior en volumen al tráfico fijo-móvil que determinó la realización de procesos tarifarios complementarios ad-hoc para fijar tarifas de tramo local a compañías fijas, es razonable que se realice a la brevedad un proceso tarifario para el tramo local de las móviles. Que se establezca que mientras no se encuentre operativa la tarifa de tramo local de las móviles, las tarifas de tramo local para las fijas no entren en vigencia, respetando de ese modo el sentido de la ley de que ningún acto puede crear condiciones monopólicas.
- g) Se aplique el máximo de la multa a beneficio fiscal que establece la ley, habida consideración de la gravedad de la conducta y el beneficio obtenido a partir de las conductas denunciadas.
- h) Se condene en costas a la demandada.”

2. Contestación de Claro Chile S.A.

2.1. Con fecha 16 de abril de 2010, a fojas 182, contesta la demanda Claro Chile S.A., solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. Afirma que la demanda de Will, pese ser formalmente dirigida en contra de Claro, se dirige en verdad en contra del funcionamiento normal del mercado de la telefonía pública, así como su regulación sectorial.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. Explica que lo único que ha efectuado Claro es cobrar a quienes no son sus clientes y cuyas llamadas se interconectan a su red, los cargos de acceso que el ordenamiento jurídico le reconoce y que han sido fijados en un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

2.4. Señala que el período de tiempo objeto de la demanda comprende sólo un mes de tráfico, por lo que la cuantía involucrada sería muy menor, ya que en este período Claro sólo logró captar 112 usuarios con el plan 300, 12 usuarios con el plan 600 y 9 usuarios con el plan 1000.

2.5. Indica que Claro no tiene posición de dominio bajo ningún criterio de concentración que quiera medirse, pues su participación en el mercado de la telefonía pública alcanza el 17,5% y que no tiene sentido preñar para capturar la participación de Will, la que, según indica, alcanzaría un 0,28% y no un 1,58% como afirma la demandante.

2.6. La demandada describe el funcionamiento del mercado relevante de la telefonía pública. Explica que, en el caso de llamadas que se originan, transitan y terminan en la misma red, no se cobra cargo de acceso y que, por el contrario, éste sí se cobra en el caso que la llamada importe, para su terminación, la interconexión de dos redes de diferente titular, o bien tratándose de dos redes de diferente naturaleza, como podría ser el caso de una red móvil a una red fija. Señala asimismo que los cargos de acceso tienen diferentes valores, según se trate de una interconexión a una red móvil o de ésta a una red fija y que los cargos de acceso no existen al interior de las redes propias de los concesionarios, por lo que Claro, al igual que los demás actores del mercado, ha creado comunidades de usuarios a quienes dirige planes con los que es posible acceder a tarifas muy atractivas para llamadas originadas en la red móvil y terminadas en redes fijas, o bien llamadas que se realizan al interior de la misma red (intra net), lo que le permite competir con los planes dirigidos a las comunidades de Movistar y Entel.

2.7. Afirma que la demanda descansa en cuatro supuestos falaces, que son (i) que un usuario que opta por alguno de los planes de minutos de Claro consume la totalidad de la bolsa de minutos, lo que no resulta efectivo pues usan menos de la mitad de los mismos, (ii) que un usuario sólo consume minutos y no otros productos tales como mensajes de texto o SMS, bajada de canciones, bajada de ringtones, entre otros, (iii) que el incentivo de los clientes racionales de Will sea cambiarse a la comunidad Claro, en circunstancias que existen otras comunidades sustancialmente más grandes y (iv) que el procedimiento administrativo de fijación de tarifas tendría vicios o defectos que se traducirían en que las tarifas de interconexión serían equivocadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.8. En relación a la acusación de abuso de posición dominante, señala que ésta es vaga e imprecisa y que no se indican los hechos que configurarían el abuso.

2.9. En relación a la acusación de competencia desleal en su vertiente de predación, (i) aclara que el cobro de precios predatorios es una forma de competencia desleal, por lo que no tiene sentido distinguir entre una y otra práctica, (ii) señala que este H. Tribunal es “incompetente parcialmente” para conocer de las acusaciones de predación, pues, como fruto de una estrategia predatoria, Claro sólo podría capturar un 0,2% del mercado, lo que en términos económicos en el periodo reprochado equivaldría a \$1.306.590, lo que no cumpliría con el estándar de relevancia que exige un atentado contra la libre competencia, razón por la cual el conflicto debería ser sometido al conocimiento de los Tribunales Civiles, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Competencia Desleal y (iii) indica que la demandante se equivoca al señalar que la tarifa *on-net* sería predatoria en relación a la tarifa *off-net*, pues para poder afirmar lo anterior (a) toma en consideración sólo el 5% de los planes que Claro tiene en el mercado, (b) desconoce que los clientes comunitarios no consumen la totalidad de sus minutos, (c) desconoce la diferencia regulatoria que existe entre los cargos de acceso para la telefonía pública y la móvil y (d) desconoce la legalidad de los actos administrativos y los procedimientos administrativos de fijación de tarifas.

2.10. En relación a la acusación de discriminación arbitraria, señala que la actora se basa en cifras descontextualizadas de resoluciones de diversas autoridades y que a diferencia de lo que ésta afirma, la diferencia de tarifas *on-net* y *off-net* sí tendría una justificación racional y económica. La demandada niega discriminar arbitrariamente a los clientes de Will, señalando que Claro “trata igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales” y que su actuar encuentra justificación en resolución de antecesores legales de este H. Tribunal, en los actos de autoridad de la Subtel y en informes de la Fiscalía Nacional Económica (en lo sucesivo también e indistintamente la “Fiscalía”).

2.11. Señala que no se hará cargo de las imputaciones genéricas que realiza la demandante indicando que las conductas de Claro producirían efectos en los mercados de la televisión digital e internet, puesto que estas acusaciones son vagas y, además, ella no participa en el mercado de la televisión pagada y su participación en el mercado de la banda ancha es marginal.

2.12. Asimismo, interpone excepción de prescripción con respecto a la conducta de competencia desleal en su vertiente de precios predatorios, afirmando que los planes impugnados existen en el mercado hace más de 9 años y que eran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ofrecidos con otro nombre por la antecesora legal de Claro, esto es, Smartcom, desde el año 2001.

2.13. Señala que no concurren los elementos del tipo competencia desleal en su vertiente de precios predatorios, ya que (i) no existe deslealtad, pues la demandada no ha incurrido en conductas contrarias a la buena fe o buenas costumbres ni ha utilizado medios ilegítimos para desviar clientela de un agente del mercado (ii) está ausente el elemento subjetivo de la conducta: “imputabilidad” o “intencionalidad”, (iii) Claro no tiene posición de dominio o aptitud para lograrla, (iv) tampoco concurre el elemento de resultado del tipo infraccional, esto es, que con la conducta desleal o la práctica predatoria se alcance, mantenga o incremente una posición de dominio y (v) Claro no tiene la capacidad de recuperar los costos de la predación.

2.14. Hace presente que existe una norma especial en materia de multas por competencia desleal (en el artículo 10 de la Ley N°20.169, sobre Competencia Desleal), la que debe aplicarse por ser una norma especial y en virtud del principio pro reo y hace presente también la improcedencia de algunas de las peticiones concretas de la demanda, esto es, las de los literales b), c), d) y f) del número 1.14 precedente.

2.15. Solicita, en consecuencia, que se rechace la demanda, con costas;

3. A fojas 226, se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Estructura y características del o los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en autos y evolución de la participación de las partes en los mismos. Características y condiciones de los contratos de interconexión suscritos entre Will y Claro;
- b) Características y precios de los planes de telefonía móvil denominados “Plan Hogar 300”, “Plan Hogar 600” y “Plan Hogar 1000”, comercializados por Claro, y época en que fueron implementados. Caracterización del segmento de clientes que contratan dichos planes, consumo efectivo del servicio y distribución del tráfico telefónico; y,
- c) Justificación económica de la diferenciación de precios por servicio público telefónico según destino de las llamadas, tanto *on-net* / *off-net* como entre redes fijas y móviles, en los mercados concernidos. Efectos actuales y potenciales de dicha diferenciación.

4. Prueba rendida en la causa:

4.1. Prueba Documental.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.1.1. Por Will:

- A fojas 76, documentos acompañados a la demanda, esto es (i) folleto de planes “Hogar” de Claro, (ii) publicidad de los mismos, (iii) copia de la resolución exenta N°159 de la Subtel, (iv) copia de l anexo número 2 del Sistema de Transferencia de Información de Telecomunicaciones (STI), (v) copia del oficio circular de la Subtel N°35, (vi) copia de facturas, (vii) copia de publicación de las tarifas de cargo de acceso de Claro, (viii) copia de anexos y contratos y (ix) resolución N°524 de la Comisión Resolutiva.
- A fojas 243, copia de decretos que fijan tarifas a distintas compañías y estudios para la fijación de las mismas, obtenidos de la página web de la Subtel.
- A fojas 261, (i) volante publicitario de Claro, (ii) publicación de prensa del Diario la Tercera y (iii) publicación de prensa de Emol.
- A fojas 268, publicación de prensa del Diario Financiero.
- A fojas 315, publicación de prensa del Diario Financiero.
- A fojas 599, copia autorizada de acta levantada por la notario suplente de la 51°Notaría de Santiago de don Iván Tamargo Barros.
- A fojas 1685, certificación notarial extendida por el notario suplente de la 29°Notaría de Santiago de don Raúl Undurraga Laso.

4.1.2 Por Claro:

- A fojas 1093, 1143 y 1230 Claro acompaña documentos que este H. Tribunal ordenó acompañar a fojas 316, 1105 y 1147, esto es, (i) copia de contratos de interconexión suscritos entre Claro Chile S.A. y concesionarios de servicio público de telefonía fija y móvil, incluyendo sus anexos y modificaciones, (ii) copias de contratos suscritos por clientes para cada uno de los planes comercializados por Claro S.A., y que contienen precios diferenciados *on-net* y *off-net*, junto con documentos que dan cuenta de las características y precios de dichos planes. Asimismo, copia de las condiciones y precios aplicables a los sistemas de prepago y de recarga y (iii) información acerca de: número de clientes, tráfico por cliente, total y por destino (tanto *on-net/off-net*, como fijo/móvil), ingresos (distinguiendo productos asociados y recargas) y morosidad, para los planes “Hogar 300”, “Hogar 600” y “Hogar 1000” y “Revolution 1000”.
- A fojas 1227, (i) artículo periodístico del Diario Financiero y (ii) copia de la sentencia N° 100 de este H. Tribunal.
- A fojas 1276, artículo periodístico del Diario Financiero.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- A fojas 1509, (i) 10 certificados notariales protocolizados que dan cuenta de características y precios de los planes de telefonía ofrecidos por distintas empresas y (ii) copias certificadas de los decretos N°661, de 2006 y N°11, de 2009, ambos del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.
- A fojas 1564, copia de 325 contratos, correspondientes a 113 planes que contemplan la diferenciación tarifaria *on-net/off-net*.
- A fojas 1619, Informe técnico titulado “Diferencia de precios on-net/off-net y su aplicación en Planes Hogar suministrados sobre tecnología móvil”.
- A fojas 1664, Informe en Derecho titulado “Análisis del supuesto abuso de posición dominante de Claro S.A.”
- A Fojas 1673, artículo periodístico publicado en Emol.

4.2. Prueba Testimonial.

4.2.1 Por Will:

- A fojas 289, don Claudio Andrés Hidalgo Sáez.
- A fojas 604, don Mauricio Ramos Borrero.
- A fojas 605, don Claudio Armando Muñoz Zúñiga.
- A fojas 1236, don Eduardo Díaz Corona Jiménez.

4.3. Exhibición de documentos.

4.3.1. Por Will:

- A fojas 576, Will exhibe: (i) 11 contratos originales de interconexión suscritos entre Will S.A. y otras concesionarias, (ii) Copia de 69 facturas emitidas por Will S.A. por cobros de cargos de acceso, (iii) Copia de 69 facturas emitidas por concesionarios de servicio público telefónico a Will, por cobros de cargos de acceso, (iv) Descripción de las características de los planes ofertados por Will S.A. y (v) Información de tráfico de los clientes de cada plan indicado.

4.4. Absolución de posiciones:

- A fojas 1112, comparece don Matías Tomás Nicolás Poupin Swinburn. Dicha absolución de posiciones fue solicitada por Claro a fojas 282 y ordenada a fojas 286.
- A fojas 1338, comparece don Gerardo Muñoz Lozano. Dicha absolución de posiciones fue solicitada por Will a fojas 268 y ordenada a fojas 1147.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.5. Observaciones a la prueba.

4.5.1. Por Will:

- A fojas 1626, Will objeta el documento acompañado por Claro a fojas 1619.
- A fojas 1670, Will objeta el documento acompañado por Claro a fojas 1664.

4.5.2. Por Claro:

- A fojas 182, Claro observa documento acompañado por Will a fojas 76.
- A fojas 274, Claro objeta y observa los documentos acompañados por Will a fojas 261.
- A fojas 282, Claro objeta y observa los documentos acompañados por Will a fojas 268.
- A fojas 601, Claro objeta y observa los documentos acompañados por Will a fojas 315 y 576.
- A fojas 664, Claro observa el documento acompañado por Will a fojas 599.

5. Otros documentos acompañados por terceros:

- A fojas 1280, Informe de la Fiscalía Nacional Económica.
- A fojas 1312 y 1521, Informe de la Subtel.

6. A fojas 1579, con fecha 10 de noviembre de 2010, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día 22 de diciembre del mismo año, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, antes de entrar al análisis de los elementos de fondo de la causa de autos, este Tribunal se hará cargo de la excepción de prescripción extintiva de la acción opuesta por la defensa de Claro en la contestación de la demanda, a fojas 182 y siguientes, en lo que respecta a la conducta que la demandante describe como de "*competencia desleal en su vertiente de precios predatorios*";

Segundo: Que, a juicio de Claro, la acción emanada de las conductas imputadas estaría prescrita al momento de interponerse la demanda de autos. Ello, porque los planes impugnados existirían en el mercado hace más de 9 años y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

habrían sido ofrecidos con otro nombre desde el año 2001 por su antecesora legal, Smartcom;

Tercero: Que, en su opinión, el plazo establecido en el artículo 20, inciso 3º del texto actual del Decreto Ley N° 211, se habría cumplido “*bajo cualquier parámetro que se quiera computar el plazo*” y que, por lo tanto, la acción estaría prescrita;

Cuarto: Que, tal como este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades (por ejemplo, en las sentencias números 57/2010, de fecha 12 de julio de 2007, 59/2010 de fecha 9 de octubre de 2007 y 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008), el plazo de prescripción de la acción debe computarse desde que concluye o cesa la conducta imputada, y que es la notificación de la demanda correspondiente la que interrumpe dicho plazo, pues es en ese momento en el que se entiende trabada la *litis*;

Quinto: Que se sigue de lo anterior que es tarea de este Tribunal dilucidar primeramente cuál habría sido la fecha en que concluyó o cesó la ejecución material de las conductas en cuestión para, a continuación, computar los plazos de prescripción y determinar si esta fue interrumpida, o no, atendida la fecha de la notificación de la demanda respectiva;

Sexto: Que, a juicio de este Tribunal, las conductas imputadas en autos se habrían verificado o ejecutado durante todo el periodo en que Claro mantuvo la oferta de los planes cuestionados, por lo que el plazo de prescripción sólo puede computarse a partir de la fecha en que, de acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, la demanda retiró los planes objetados del mercado, pues sólo de esa forma pudo poner fin a la ejecución de las conductas imputadas;

Séptimo: Que, por su parte, debe tenerse presente que el artículo 20º, inciso 3º del Decreto Ley N° 211, dispone en la parte pertinente que “*[l]as acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan*”;

Octavo: Que, dado que las referidas conductas permanecieron en ejecución, al menos, hasta el 24 de diciembre de 2009, fecha del último aviso publicitario de los planes Hogar de Claro que este Tribunal ha tenido a la vista y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se acompañó en autos, a fojas 76, sin haber sido objetado por la contraparte, es ésta la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción;

Noveno: Que, entonces, debe concluirse que el plazo de prescripción no llegó a cumplirse. En efecto, entre la ejecución de las conductas y la notificación de la demanda, esta última practicada el 28 de enero de 2010 (según consta a fojas 103), transcurrieron menos de tres años, lo que llevará a este Tribunal a rechazar la excepción de prescripción deducida por Claro;

Décimo: Que ahora, en cuanto al fondo, la sociedad Will S.A. imputa a la demandada una serie de conductas que, a su juicio, corresponderían a actos de abuso de posición dominante, de competencia desleal mediante la fijación de precios predatorios y de establecimiento de precios discriminatorios en sus productos denominados planes “Hogar”, señalando que Claro buscaría incrementar su posición de dominio, creando una barrera artificial a la entrada de nuevos competidores en el mercado de la telefonía móvil, entre los que se cuentan los operadores móviles virtuales;

Undécimo: Que Claro señala en su contestación que (i) el cobro de precios predatorios es una forma de competencia desleal, por lo que no tiene sentido distinguir entre una y otra práctica, (ii) que no posee una posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil ni en el de la telefonía pública, por lo que no puede haber incurrido en abuso de posición dominante, (iii) que no concurren los elementos del tipo competencia desleal “*en su vertiente de precios predatorios*”, ya que (a) no existe deslealtad, pues la demandada no ha incurrido en conductas contrarias a la buena fe o buenas costumbres ni ha utilizado medios ilegítimos para desviar clientela de un agente del mercado, (b) está ausente el elemento subjetivo de la conducta, sea “imputabilidad” o “intencionalidad”, (c) Claro no tiene posición de dominio o aptitud para lograrla, (d) tampoco concurre el elemento de resultado del tipo infraccional, esto es, que con la conducta desleal o la práctica predatoria pueda alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio y (e) Claro no tiene la capacidad de recuperar los costos de la predación; y, finalmente, (iv) en relación con la acusación de discriminación arbitraria, señala que la diferencia de tarifas *on-net* y *off-net* sí tendría una justificación racional y económica;

Duodécimo: Que, entonces, y de acuerdo con lo señalado en la demanda, este Tribunal analizará si Claro incurrió en los ilícitos de abuso de posición

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dominante mediante discriminación de precios, competencia desleal y fijación de precios predatorios;

Decimotercero: Que se pueden considerar dos opciones para la determinación del mercado relevante: la prestación de servicios telefónicos a nivel nacional; o bien, la prestación de los mismos sólo en las comunas donde Will tiene presencia;

Decimocuarto: Que, al respecto, la parte de Will señala como mercado relevante el de la telefonía pública, sin especificar una extensión geográfica determinada, sosteniendo que mercados conexos –como el de banda ancha móvil y el de televisión- también pueden verse afectados. Por su parte, la demandada Claro Chile S.A., señala en su contestación que considera el mercado relevante como el de la telefonía pública a nivel nacional, incluyendo en él, explícitamente, a tecnologías tales como la telefonía IP, redes Wimax y operadores móviles virtuales;

Decimoquinto: Que, a juicio de este Tribunal, el mercado relevante de autos es el de la telefonía pública a nivel nacional, puesto que los planes ofrecidos por Claro -objeto de la demanda- se ofrecen en todo el territorio chileno. Ello, dado que sus suscriptores pueden cursar y recibir llamadas a teléfonos ubicados en cualquier parte del país y porque, aun en el caso de que existan localidades donde Claro domine absolutamente a sus competidores -en particular a Will- no existen antecedentes en autos acerca de restricciones o barreras a la entrada de otros competidores –como Movistar y Entel-, que puedan actuar como disciplinadores, pues estas empresas poseen también presencia nacional. De acuerdo con lo argumentado, se evaluará entonces la posible existencia de cada una de las conductas mencionadas en la consideración octava precedente, dentro del mercado relevante así definido;

Decimosexto: Que la imputación de abuso de posición dominante no se encuentra detallada ni especificada en la demanda de autos como una acusación diferente, sino que se menciona sin mayor descripción ni fundamento, para luego dar paso a acusaciones de competencia desleal y precios predatorios, por lo que este Tribunal sólo podrá referirse a estas últimas;

Decimoséptimo: Que, en el mercado relevante de la telefonía pública a nivel nacional, la empresa Claro tiene una participación de 16,1% de las líneas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existentes a diciembre de 2009 mientras que, bajo estos mismos términos la empresa Will posee un 0,3% de participación de mercado;

Decimoctavo: Que si bien estas cifras establecen una participación de mercado de Claro muy superior a la de Will en el mercado de telefonía pública a nivel nacional, ello no significa que necesariamente la primera tenga un poder de mercado que le permita abusar del mismo, ni tampoco que se hayan ejecutado actos ilícitos en contra de esta última, toda vez que existen otros actores con mayor participación, como son Movistar y Entel, con un 44,6% y un 32,4% de las líneas existentes a diciembre de 2009, respectivamente, quienes pueden actuar como disciplinadores de eventuales actos contrarios a la libre competencia de la demandada;

Decimonoveno: Que respecto de la acusación de discriminación de precios, Will da a entender que tanto sus propios suscriptores, como los abonados directos de Claro, serían clientes de esta última compañía. Por lo mismo, indica que, a través del cobro del cargo de acceso a Will, que debe ser traspasado en su totalidad a sus suscriptores para no operar a pérdida, se estaría realizando una discriminación arbitraria de precios que favorecería a los suscriptores de Claro;

Vigésimo: Que, por su parte, Claro indica en su contestación que esos dos tipos de clientes y de servicios son distintos para dicha compañía y que, por lo tanto, el cobro de precios diferenciados estaría justificado. En este mismo orden de argumentación, señala que Claro trata igual a los iguales y distinto a los distintos, por lo que su conducta no cumpliría un requisito básico para constituir una discriminación arbitraria de precios;

Vigésimo primero: Que para este Tribunal es evidente que, si bien ambos tipos de individuos son usuarios de la red de Claro en el servicio de terminación de llamadas en la red de dicha compañía, uno y otro grupo poseen características esencialmente distintas para Claro, tanto en el uso de sus recursos como en los ingresos que le producen por llamada y por otros tipos de servicios prestados, asociados al uso de la infraestructura;

Vigésimo segundo: Que, de acuerdo con lo anterior, este Tribunal estima que no están acreditados en autos los elementos necesarios para constituir un ilícito de discriminación arbitraria de precios, toda vez que se está cobrando precios distintos a personas diferentes (a Will y a clientes de Claro) por servicios que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

son idénticos, sin que exista evidencia de que representen costos o ingresos disímiles para la compañía;

Vigésimo tercero: Que, en cuanto a la acusación de competencia desleal, la demandante no establece claramente en qué sentido el actuar de la demandada correspondería a este ilícito. De hecho, en la demanda de autos, Will se limita a mencionar tal infracción asociándola al establecimiento de precios predatorios, que es una conducta diferente, individualizándola como “*competencia desleal en su variante de precios predatorios*”, sin indicar hechos distintos a los que se refieren a esta última conducta para fundar su acusación, por lo que este Tribunal únicamente podrá hacerse cargo de la referida acusación de cobro de precios predatorios;

Vigésimo cuarto: Que, respecto de dicho ilícito, Will menciona que la demandada habría cobrado precios que se encuentran por debajo de sus costos marginales al ofrecer los denominados planes “Hogar”. En este sentido, la demandante menciona que el precio por minuto de interconexión con destino a clientes Claro, ofrecido en cada uno de estos planes, sería inferior al costo marginal de producirlo, costo que, a su juicio, correspondería al cargo de acceso establecido por la Subtel para este tipo de comunicaciones;

Vigésimo quinto: Que, en respuesta a esta acusación, Claro argumenta que los planes no fueron usados en su totalidad por sus suscriptores, por lo que el precio por minuto pagado efectivamente es mayor al que resulta de dividir el costo del plan por el número de minutos asociados. Por otra parte, la demandada menciona que no concurren las condiciones necesarias para la ejecución de una estrategia de precios predatorios, principalmente porque no se ha cobrado bajo el costo marginal y porque, si lo anterior fuese cierto, igualmente no existiría la posibilidad de recuperar las pérdidas asociadas al cobro de un precio bajo costo, pues siempre existirá la acción disciplinadora de los dos mayores actores de este mercado, como son Movistar y Entel, que impediría que la demandada pudiera monopolizar el mercado y resarcirse de las pérdidas causadas por dicha práctica;

Vigésimo sexto: Que, al respecto, cabe tener presente en primer término que este Tribunal ya ha establecido, en sus sentencias N° 39/2006 y 72/2008, entre otras, que los requisitos copulativos para que se cumpla el ilícito de establecimiento de precios predatorios son: primero, que durante el desarrollo de la alegada estrategia de predación la parte demandada haya dispuesto de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo y segundo, en caso de cumplirse la condición anterior, que existan indicios definitorios sobre la alegación de fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores;

Vigésimo séptimo: Que correspondía a la demandante acreditar la circunstancia de que la demandada haya seguido una estrategia de precios predatorios. Al efecto, ni la demandante ni la demandada han acompañado antecedentes que permitan establecer, que Claro ofertó los planes materia de autos bajo los costos relevantes de proveerlos, ni tampoco se ha acreditado en modo alguno como podría la demandada recuperar las pérdidas asociadas al establecimiento de precios predatorios, existiendo, en cambio, antecedentes que permitirían suponer lo contrario, dada la existencia de dos actores en el mercado con mayor participación que Claro;

Vigésimo octavo: Que de este modo no se ha acreditado en autos la concurrencia de los requisitos necesarios para que la demandada haya incurrido en este tipo de prácticas en el mercado de la telefonía pública a nivel nacional, por lo que será rechazada la demanda también en esta materia;

Vigésimo noveno: Que, a mayor abundamiento y sin perjuicio de que, tal como se ha explicado, este Tribunal considera que el mercado relevante de autos es el de la telefonía pública a nivel nacional, para efectos de analizar si en alguna localidad geográfica específica la demandada pudiera haber tenido un mayor poder de mercado respecto de Will del cual abusar, se analizará como mercado relevante aquél de la telefonía pública en las comunas donde Will tiene participación;

Trigésimo: Que, al respecto, no existe información específica en autos sobre la participación de Will y Claro dentro de estas comunas, caracterizadas como de escasos recursos. No obstante, consta en el documento acompañado por la Fiscalía a fojas 1280 y siguientes (específicamente en la página 8 del mismo, a fojas 1287) que la participación de Claro en el mercado de la telefonía pública es relativamente similar en comunas con distinto nivel socioeconómico, e incluso disminuiría en aquellas localidades donde son preponderantes los grupos socioeconómicos de menores ingresos, respecto de los cuales Will tendría una mayor participación de mercado. Más aún, en estos grupos socioeconómicos se observa un incremento importante en la participación de mercado de Movistar. De

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este modo, los antecedentes sobre esta materia aportados al proceso, no permiten formar convicción a este Tribunal respecto de la posición dominante de Claro;

Trigésimo primero: Que, así, disminuye significativamente la probabilidad de que la demandada lleve a cabo conductas anticompetitivas, por estarse, también en esas localidades, en presencia de un contrincante con mayor participación de mercado, que podría disciplinar la conducta de sus competidores, tal como ocurre a nivel nacional;

Trigésimo segundo: Que, por último, se hace presente que este Tribunal no puede pronunciarse sobre un presunto estrangulamiento de márgenes, al que se refirió la Fiscalía en su informe que consta a fojas 1280, por no haberse discutido acerca de la comisión de tal supuesta conducta en la etapa procesal correspondiente ni haberse acreditado los hechos que la constituirían;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos **1º, 2º, 3º, 18º y 26º del Decreto Ley Nº 211,**

SE RESUELVE:

1. Rechazar en todas sus partes la demanda de fojas 76, de fecha 8 de enero de 2010; y
2. No condenar en costas a la demandante, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 199-10

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.