

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. Demanda de Netline Mobile S.A.

El 23 de diciembre de 2013, la sociedad Netline Mobile S.A. (en adelante, "Netline") interpuso una demanda en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (en adelante, "Entel"), Claro Chile S.A. (en adelante, "Claro") y Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante, "Telefónica"), imputándoles el incumplimiento de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011 (en adelante, la "Sentencia") y la infracción, de manera reiterada, del artículo 3° del D.L. N° 211, al haber ejecutado prácticas exclusorias, discriminación de precios y abuso de posición dominante en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en dicho mercado. Netline funda su acción en los antecedentes que a continuación se indican:

1.1 Netline es concesionaria de servicio público telefónico móvil por Decreto Supremo N° 895 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones e inició servicios como Operador Móvil Virtual (en adelante, "OMV") en el mes de julio de 2012. Señala que dentro de su modelo de negocios también estaría el de constituirse como un OMV completo ya que dispone de infraestructura para suministrar servicios de telefonía móvil a usuarios finales y servicios de plataforma MVNE/MVNA a otros OMVs.

1.2 Señala que el año 2006 decidió ingresar al mercado de la telefonía móvil como un OMV y que, para ello, solicitó una oferta de facilidades y oferta para reventa a las Operadoras Móviles con Red (en adelante, "OMR") que operaban en dicha época: Entel, Claro y Telefónica. Indica que las demandadas, desde ese momento, impusieron barreras artificiales para que Netline pudiera ingresar al mercado de telefonía móvil al negarse a suscribir contratos que les permitiera el uso de infraestructura, redes y espectro radioeléctrico, necesario para la prestación de dichos servicios. La mencionada conducta fue acreditada y sancionada por la Excelentísima Corte Suprema quien, además, les obligó al pago de una multa de 3.000 UTA más costas y exigió a las demandadas a *"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"*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3 Indica que después de la Sentencia, a principios del año 2012, suscribió un contrato de reventa de minutos con Telefónica, el cual no se ajustaría a lo ordenado en la Sentencia porque no contiene una parrilla de planes con un margen de comercialización, sino que contiene un precio por servicios de voz, datos, SMS, agregándose sólo algunas facilidades de red, ya que las demás son cubiertas por Netline. Agrega que, con el objeto de mejorar las condiciones entregadas en dicho contrato, intentó negociar mejores condiciones con Telefónica durante dos años, sin éxito.

1.4 En relación a lo anterior, indica que también solicitó oferta de facilidades a las otras demandadas en diversas oportunidades recibiendo, en algunos casos, ofertas que no cumplirían con lo ordenado por la Sentencia y que no contemplarían condiciones comerciales económicamente razonables; y, en otros, negativas directas, dilaciones o el establecimiento de condiciones para su entrega que no se condecirían con lo ordenado.

1.5 De acuerdo a lo señalado por Netline, las ofertas para reventa de planes deberían contemplar la parrilla completa de productos minoristas del OMR con un margen razonable para el OMV y las ofertas de facilidades deberían especificar el detalle de las facilidades que se ofrecen con sus precios unitarios, debiendo el precio estar directamente relacionado con los servicios ofrecidos y ser consistentes con los precios cobrados a clientes minoristas. Asimismo, en cuanto a los precios por minuto, por megabyte, por SMS u otro, debiesen estar directamente relacionados con la cantidad de facilidades que se contratan y no contemplar discriminaciones de precios en torno a los volúmenes contratados. En el caso de OMV completos, el precio debería ser como máximo aquel que el OMR otorga a su cliente más favorecido.

1.6 Indica que las ofertas que ha recibido no cumplen con el criterio de generalidad porque no permitirían la operación de cualquier tipo de OMV. Agrega que tampoco cumplirían con el criterio de no discriminación, ya que todas las demandadas tienen ofertas a clientes minoristas con precios más bajos que los ofertados a los OMV, estrangulándoles su margen. Para demostrar lo anterior efectúa un análisis particular de las ofertas presentadas por cada una de las demandadas.

1.7 Respecto de Claro, indica que el 18 de enero de 2013 le solicitó una oferta de facilidades y el 29 del mismo mes recibió respuesta de Claro, quien le habría señalado que la oferta se encontraría en su página web. Luego, Netline realiza una nueva solicitud de oferta de facilidades a Claro, la que entregan el 13 del mismo mes. Señala que ambas ofertas mezclarían conceptos de ofertas facilidades y de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reventa sin ofertar ninguno de los dos tipos de forma íntegra. Asimismo, indica que si un OMV intentara replicar la oferta minorista de Claro utilizando para ello los precios de su oferta mayorista, obtendría un margen negativo que le impediría competir, considerando en ese cálculo la tasa de uso y el tráfico de salida.

1.8 En cuanto a Entel, señala que durante enero y febrero de 2012 sostuvo negociaciones con ella, las que terminaron en atención a que Entel le habría exigido la suscripción de una cláusula de limitación de responsabilidad, la que califica de abusiva. Luego, indica que el 18 de enero de 2013 le solicitó a Entel una oferta de facilidades, a lo que Entel respondió exigiéndole previamente la suscripción de un acuerdo de confidencialidad. El 28 del mismo mes Netline reiteró la solicitud y Entel insistió en la suscripción de un acuerdo de confidencialidad. El 10 de diciembre de 2013, efectuó una nueva solicitud de oferta de facilidades, la que, a la fecha de la demanda, no había tenido respuesta. De esta forma, Netline sostiene que Entel estaría en incumplimiento de la Sentencia al no entregarle la oferta de facilidades que había solicitado. Netline, además, efectúa una comparación entre la oferta minorista de Entel y los precios mayoristas ofrecidos a Netline en enero 2012, llegando a las mismas conclusiones indicadas respecto de Claro.

1.9 Con respecto a Telefónica, Netline señala que, luego de diversas solicitudes de oferta de facilidades, ésta recibió una oferta el 2 de agosto de 2013. Con posterioridad a ello solicitó una mejora en las condiciones, obteniendo la eliminación del mínimo de facturación a contar del segundo año. Después, volvió a solicitar mejoras en la oferta de facilidades para OMV de manera que incluyera una oferta de facilidades para 4G, la que no habría tenido respuesta a la fecha de la demanda. Indica que la oferta recibida de Telefónica no sería una oferta de reventa, puesto que no contiene una parrilla completa de planes con un margen razonable que le permita a un OMV operar. A su vez, la oferta tampoco indica las facilidades que ofrece y no resuelve la situación del OMV completo, ya que incluye facilidades como la gestión de tarjetas SIM, soporte para la gestión de cliente final y otras que son prestadas directamente por un OMV completo. En cuanto a los descuentos por volumen, advierte que los volúmenes requeridos serían muy exigentes para un OMV que recién se inicia. Por último, al contrastar los precios de la oferta mayorista de Telefónica con los precios que ésta cobra al cliente final, concluye que ningún OMV podría competir o desafiar su oferta minorista.

1.10 Respecto al cálculo de los márgenes, Netline sostiene que no basta un margen levemente positivo para competir, sino que también, de acuerdo a prácticas internacionales, los márgenes entre precios minoristas y precios mayoristas deben

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ser del orden del 50%, ya que es necesario incluir los costos de remunerar al OMR, de publicidad, depreciación, entre otros.

1.11 De la revisión de las ofertas de las tres demandadas Netline concluye que éstas le discriminan de forma arbitraria respecto de los precios y de otras condiciones comerciales establecidas para clientes minoristas, lo que provocaría un estrangulamiento de márgenes. La discriminación se produciría cuando, quien controla el insumo esencial y controla los precios mayoristas y minoristas, no entrega a su cliente mayorista el precio de su cliente más favorecido. Asimismo, Netline señala que, según constaría en los informes públicos que indica, el promedio ponderado del costo de producir un minuto en la red móvil sería de \$7 y que esta cifra debiese ser más o menos el precio que debieran tener todas las ofertas mayoristas, ya que el servicio de interconexión es prácticamente idéntico al uso de un OMR por parte de un OMV. Solicita también tener en consideración en el análisis el hecho de que, si los OMR otorgan subsidios a los terminales en sus ofertas minoristas, también debiesen contemplar dichos subsidios en la oferta mayorista.

1.12 Respecto al mercado relevante, toma la definición entregada por el Tribunal en la sentencia N°104/2010 y 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”*. Distingue dentro de este grupo de servicios los siguientes: (i) los servicios de telefonía móvil propiamente tal, como servicios de voz, datos, banda ancha móvil, SMS, entre otros, los que no tendrían sustitutos; y (ii) los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales. Respecto de estos servicios indica que no es un mercado desafiante debido a los subsidios que las OMR aplican a los equipos terminales, los que no serían posibles de replicar por nuevos entrantes.

1.13 En cuanto a la concentración de mercado, indica que se trataría de un mercado altamente concentrado, donde el 98,72% de participación la tendrían las tres demandadas. Para efectuar sus cálculos utiliza datos de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, “Subtel”) a junio de 2013 y concluye que empresas entrantes, tanto con red como OMV, no han obtenido una participación relevante. Asimismo, acusa la existencia de comportamiento estratégico por parte de las demandadas, las que al tener poder de mercado, impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores.

1.14 En lo referente a las condiciones de entrada, identifica como barreras de entrada: (i) la necesidad de contar con espectro radioeléctrico, el que sería un insumo esencial; (ii) la necesidad de realizar inversiones específicas en infraestructuras; (iii) la disponibilidad de terrenos aptos para la instalación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antenas; y (iv) los costos de cambios que deben enfrentar los consumidores tales como el bloqueo de terminales, contratos por periodos prolongados, discriminación entre precios de llamadas *on-net* y *off-net* y política de subsidio a los equipos terminales, entre otros.

1.15 Luego, la actora realiza un análisis de la obligación de disponer de una oferta de facilidades y/o reventa impuesta por la Sentencia, señalando lo que debe entenderse por cada uno de los criterios ahí establecidos.

1.16 Por último, indica que el estrechamiento, estrangulamiento o *pisamiento* de márgenes es una conducta contraria a la libre competencia y que ha sido estimada por este Tribunal como un abuso de posición dominante en la Sentencia N° 88/2009.

1.17 Atendido lo expuesto, la demandante Netline solicita a este Tribunal acoger la demanda interpuesta, declarar o disponer lo siguiente:

- (i) Que se proceda al cumplimiento inmediato a la Sentencia, obligando a las demandadas a ofrecer a todos los OMVs, sin discriminación, el precio más bajo ofrecido por servicios de telefonía móvil. Para tales efectos, solicita considerar la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas ofrecidos;
- (ii) Que las demandadas han infringido el artículo 3 del D.L. 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 en el estrangulamiento de márgenes a Netline, en el caso de Entel, Claro y Telefónica;
- (iii) Que las demandadas se abstengan 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;
- (iv) Que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o lo que este Tribunal determine; y
- (v) Que se aplique íntegramente el artículo 26 del D.L. N° 211.

2. Demanda de OPS Ingeniería Limitada

El 16 de diciembre de 2013, la sociedad OPS Ingeniería Limitada (en adelante, "OPS") interpuso una demanda en contra de Telefónica, Claro y Entel, también por haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia. Esta demanda fue ingresada bajo el Rol C N° 269-13 y se acumuló a la presente causa mediante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resolución de 9 de abril de 2014, rolante a fojas 530. La demanda de OPS se funda en las siguientes consideraciones:

2.1. Señala que OPS es titular de una concesión de servicio público de telefonía móvil por Decreto Supremo N° 60/2010 de la Subtel. Indica que desde dicho momento ha solicitado a las demandadas ofertas de facilidades y de reventa de planes para OMV, quienes se han negado a presentar ofertas racionalmente económicas y con condiciones comerciales que permitan el ingreso de OPS al mercado de la telefonía móvil. Señala que la negativa se ha materializado en un retardo injustificado de las demandadas para responder sus solicitudes, imponiéndole la firma de un acuerdo de confidencialidad como condición previa para entregar la oferta; y, posteriormente, en la entrega de ofertas que no se ajustan a los criterios de racionalidad económica exigidos por la Sentencia, impidiendo su entrada al mercado de la telefonía móvil.

2.2. Indica que el principal objeto de las ofertas que las demandadas deben efectuar es el de permitir el ingreso de los OMV al mercado de la telefonía móvil, en cualquiera de sus modalidades de operación, la que debe ser elegida libremente por el OMV:

2.2.2 La modalidad más simple de operación es aquella donde el OMV compra al por mayor planes comerciales diseñados previamente para sus propios clientes por OMR, y los distribuye bajo una marca propia (“OMV Revendedor de Planes”). Esta modalidad de operación no requiere utilizar elementos de red propios, debiendo contratar casi todas las facilidades o funciones necesarias para proveer servicios de telefonía móvil.

2.2.3 Por otro lado, existen los OMV que utilizan elementos de red propios, por lo que pueden crear sus propios planes y asumir otras funciones como conmutación, facturación o atención al cliente. Este tipo de OMV pueden sub-clasificarse, según las facilidades específicas que requieren del OMR para proveer servicios telefonía móvil, en OMV livianos, OMV medianos y OMV completos.

2.3. OPS indica que ha solicitado a las demandadas: (i) ofertas de facilidades para operar como OMV completo ya que *cuenta con elementos de red requeridos, salvo espectro radioeléctrico*; y (ii) ofertas de planes para operar como OMV Revendedor de Planes. Señala que, sin perjuicio de lo anterior, las ofertas que ha recibido de las demandadas no distinguen qué elementos de red o facilidades incluyen y que los precios ahí señalados son superiores a los precios que las demandadas cobran a sus clientes minoristas, lo que constituiría una infracción a lo ordenado por la Sentencia. Por último, indica que las ofertas constituyen en sí misma una negativa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de venta *por su irracionalidad económica* y efectúa un análisis particular de cada oferta, conforme se da cuenta en los párrafos siguientes.

2.4. Respecto de Telefónica efectúa un análisis de su oferta de 5 de agosto de 2013 sobre el precio de tráfico de internet móvil y precio de servicios de voz de uno de sus planes multimedia. La actora concluye de este análisis que los precios mayoristas contenidos en la oferta de Telefónica serían muy superiores al precio que ésta cobra a sus clientes minoristas por estos dos servicios.

2.5. Respecto de Claro, la actora efectúa un análisis de su oferta de junio de 2013, en lo que respecta al precio sobre tráfico de internet móvil y llega a la misma conclusión que respecto de Telefónica. A su vez, indica que la primera oferta de Claro fue pública ya que fue puesta en su página web y que ese debiese ser el criterio que adopten todas las demandadas respecto de sus ofertas.

2.6. En cuanto a Entel, OPS analiza la oferta de enero de 2013 en lo referente al precio de tráfico de internet móvil, llegando a la misma conclusión que respecto de Telefónica y Claro. Agrega que Entel envió una nueva oferta en diciembre de 2013, la que tampoco cumpliría con lo dispuesto en la Sentencia. Indica, respecto de esta última oferta, que Entel habría reconocido que ésta es de reventa y que le garantizaría márgenes de 10-12%, los que a juicio de OPS serían insuficientes para cubrir demás costos.

2.7. De la revisión de las ofertas de las tres demandadas, OPS concluye que las demandadas buscarían imponer condiciones de comercialización que constituirían una negativa de venta al carecer de racionalidad económica. Además, ante el eventual argumento de que existen OMV que han entrado al mercado aceptando las ofertas que se denuncian como anticompetitivas, indica que estos OMV tendrían una participación modesta en el mercado debido a maniobras anticompetitivas de los OMR y que es probable que sean planes diseñados especialmente para ellos con el objeto de evitar la entrada de competidores.

2.8. Respecto al mercado relevante, índices de concentración y condiciones de entrada al mercado, hace un análisis similar a Netline. Asimismo, acusa la existencia de comportamiento estratégico por parte de las demandadas, las que, al tener poder de mercado, impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores.

2.9. Atendido lo expuesto, la demandante OPS solicita a este Tribunal acoger la demanda interpuesta, declarar o disponer lo siguiente:

(i) Que las demandadas han infringido el artículo 3º del D.L. Nº 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permita operar en el mercado de telefonía móvil;

(ii) Que las demandadas presenten, en el menor plazo posible, ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan con lo ordenado por la Sentencia;

(iii) Que las demandadas se abstengan de seguir ejecutando conductas como las reprochadas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores; y,

(iv) Que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o lo que este Tribunal determine.

3. Demanda de Telecomunicaciones Max Limitada

El 3 de octubre de 2014, la sociedad Telecomunicaciones Max Limitada (en adelante, "Telcomax") interpuso una demanda en contra de Telefónica, Claro y Entel, imputándoles haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia, indicando que las demandadas ya fueron condenadas por idénticas conductas por la Excelentísima Corte Suprema y que no han cumplido con dicha Sentencia. La demanda fue ingresada bajo el Rol C N° 286-14 y se acumuló a la presente causa mediante resolución de 30 de abril de 2015, rolante a fojas 6.402. La demanda de Telcomax se funda en las siguientes consideraciones:

3.1. Indica que es titular de una concesión de servicio público de telefonía móvil por Decreto Supremo N° 120 de julio 2009 y que 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..

3.2. Señala que en el último trimestre del año 2010 inició conversaciones con los OMR nacionales con el objeto de obtener de ellos ofertas de facilidades mayoristas para OMV. Indica que a partir de dichas conversaciones confirmó la necesidad de implementar una plataforma MVNE, necesaria para operar o lanzar un OMV en un corto plazo, y que el directorio de su matriz le habría exigido contar con, al menos, un cliente mayorista para el servicio MVNE para compartir los altos costos de inversión y garantizar ingresos futuros. Los eventuales clientes con los que se reunieron manifestaron no estar en condiciones de empezar un negocio como OMV *debido a que las condiciones de precios mayoristas imperantes en la industria no permitían un negocio rentable*. En atención a estas negativas, su matriz debió postergar el negocio de OMV a fines del primer trimestre de 2011, lo que le generó una alza en la tasa de abandono mensual de su negocio de televisión digital, ya que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no contaba con los elementos necesarios para efectuar una oferta que le permita competir con otras ofertas conjuntas de telefonía fija e internet efectuadas por otras empresas.

3.3. Expone que, en mayo de 2014, su matriz TuVes S.A. requirió a Telcomax solicitar ofertas de facilidades de los tres principales OMR. Las ofertas que recibió contravendrían los criterios impuestos por la Sentencia ya que no permitían 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.

3.4. Respecto de Telefónica, efectúa un análisis de la oferta de 25 enero de 2014, y concluye que Telcomax no podría ofrecer servicios equivalentes a los planes multimedia de Telefónica, ya que la oferta que ésta le efectuó contiene precios excesivos y discriminatorios respecto de los precios que Telefónica aplicaría en dichos planes (en sus cálculos consideraría una tasa de uso del 80%).

3.5. En relación a Entel, efectúa un análisis de su oferta de julio de 2014 y señala que ésta no le serviría para competir en el mercado como un OMV. Lo anterior ya que, por ejemplo, el servicio de telefonía local inalámbrica de Entel que Telcomax necesitaría incorporar como complemento al servicio que presta de televisión de pago, funcionaría sobre su red móvil; y que los precios de la oferta de Entel por este servicio serían excesivos y discriminatorios respecto de los precios que ésta cobraría a sus clientes minoristas por el mismo servicio.

3.6. Respecto de Claro, efectúa un análisis de la oferta de abril de 2014 en relación con los planes multimedia ofrecidos por Claro a sus clientes minoristas y concluye que los precios de esta oferta son excesivos y discriminatorios al compararlos con los precios minoristas que ésta aplica en sus planes multimedia de venta minorista.

3.7. Señala que todas las ofertas que ha recibido de las demandadas le impiden competir como OMV frente a los precios que ellas mismas ofrecen a sus clientes minoristas, indicando que los segmentos de mercado donde le darían márgenes positivos son muy pocos y que corresponderían a clientes de prepago de poco consumo. Adiciona que las demandadas no han incluido en sus ofertas la modalidad de reventa de planes con un descuento que le 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 el mismo OMV.

3.8. En cuanto al eventual argumento a favor de las demandadas acerca de que existirían OMV operando en el mercado con las ofertas que reprocha, Telcomax

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hace una argumentación similar a OPS señalando que estos OMV tendrían una participación modesta en el mercado debido al actuar anticompetitivo de los OMR.

3.9. Respecto al mercado relevante y las condiciones de entrada, Telcomax efectúa el mismo análisis que OPS. En cuanto a la concentración, utiliza datos de la Subtel a junio de 2014 y señala que las demandadas tendrían a esa fecha el 96,93% del mercado de telefonía móvil. Asimismo, también acusa la existencia de comportamiento estratégico por parte de las demandadas, las que, al tener poder de mercado, impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores.

3.10. Atendido lo expuesto, la demandante Telcomax solicita a este Tribunal acoger la demanda interpuesta, declarar o disponer lo siguiente:

- (i) Que las demandadas han infringido el artículo 3º del D.L. 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 injustificada la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permita operar en el mercado de telefonía móvil;
- (ii) Que las demandadas presenten, en el menor plazo posible, ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan con lo ordenado por la Sentencia;
- (iii) Que las demandadas se abstengan de seguir ejecutando conductas como las reprochadas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores; y,
- (iv) Que se sancione a cada una de las demandadas con la multa máxima de 20.000 Unidades Tributarias Anuales o lo que este Tribunal determine.

4. Contestaciones de Claro a las demandas de autos

El 22 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 708, Claro contestó las demandas presentadas por Netline y OPS. Luego, el 30 de marzo de 2015, mediante presentación de fojas 708, Claro contestó la demanda presentada por Telcomax. En estas presentaciones Claro solicitó el rechazo de las demandas presentadas en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación se exponen:

4.1. En sus contestaciones, Claro indica que la intención de la demandas sería fijar los precios y condiciones contenidos en la oferta de facilidades de Claro e intentar acomodarlos a sus expectativas. Añade que las ofertas de Claro (i) cumplirían con los requisitos exigidos por en la Sentencia; (ii) cumplirían con los requisitos adicionales solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la “FNE”) en el marco de la investigación 2078-12; (iii) cumpliría con los requisitos solicitados por la Subtel en el reglamento de OMV (hoy sin vigencia) y con las observaciones que ésta hizo en la investigación de la FNE; y (iv) permitirían la operación rentable de un OMV eficiente.

4.2. Señala que, con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia, presentó una oferta de facilidades el 19 de abril de 2012, la cual fue puesta a disposición de eventuales interesados, publicada en la página web de la compañía y entregada a la FNE. Indica que dicha oferta cumplía con los requisitos de contener criterios uniformes, generales, objetivos y no discriminatorios y que permitían a un OMV competir directamente con Claro en la prestación de servicios a clientes finales.

4.3. Luego, indica que, en el marco de la investigación de la FNE y dado los cambios solicitados por ésta, realizó una nueva oferta de facilidades que quedó a disposición de eventuales interesados a partir del 18 de junio de 2013, la que no fue publicada en la página web de la compañía por expresa solicitud de la FNE. Agrega 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), Claro habría concordado una nueva oferta de facilidades con la FNE que aplicaría los precios de los nuevos cargos de acceso contenidos en el Decreto Supremo de fijación tarifaria.

4.4. Expone que sus ofertas permiten la operación de cualquier tipo de OMV *desde un full a un light o estándar hasta un OMV revendedor de planes*, ya que las facilidades contenidas en ella consideran no solo servicios de red sino que también servicios adicionales asociados a la operación del negocio de OMV, alguno de los cuales pueden ser contratados tanto a Claro como a terceros.

4.5. Respecto a la imputación relativa a que los precios contenidos en sus ofertas estrangularían los márgenes de un OMV, Claro señala que los presupuestos utilizados por las demandantes para configurar esta conducta serían errados si se toma en consideración los precedentes jurisdiccionales y la doctrina más exigente. En efecto, si se aplicara el estándar utilizado en EEUU, las demandantes debiesen probar que los precios de las ofertas serían minoristas predatorios; y, si se aplicara el estándar de la Comisión Europea, las demandantes debiesen aplicar el test del competidor igualmente eficiente.

4.6. Respecto a la imputación relativa a que los precios contenidos en sus ofertas le entregarían a las demandadas un margen negativo que les impediría competir con los OMR, señala que el procedimiento infraccional no sería adecuado para subsidiar empresas menos eficientes mediante la fijación de precios de acceso a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

facilidades. Además, indica que los precios mayoristas serían más bajos que los precios minoristas y permitirían a los OMVs obtener márgenes positivos.

4.7. Respecto a la imputación de las demandas relativa a que las ofertas de facilidades no estarían configuradas con el nivel de detalle exigido en la Sentencia, Claro señala que la Subtel indicó en un escrito presentado a este Tribunal (en el marco de los autos Rol 139-07) que la oferta de Claro era amplia y que abarcaba tanto OMV prestadores de servicios como OMV completos. Agrega que no sería posible ni necesario que la oferta contemple una parrilla completa de planes de Claro, porque éstos cambian constantemente.

4.8. Respecto a la imputación de que las condiciones comerciales y precios cobrados a los clientes minoristas serían más favorables que aquellos contenidos en las ofertas mayoristas, Claro señala que las relaciones comerciales con clientes minoristas no serían comparables con las relaciones comerciales con clientes mayoristas u OMV, ya que se trataría de clientes diferentes. Señala, en efecto, que las diferencias no se dan solo en el ámbito de los montos y riesgos involucrados en la relación de negocios con un OMV, sino que también por medio de costos adicionales relacionados con las interfaces y servicios administrativos disponibles para OMV, junto con aquellos asociados a la forma de utilización de la red.

4.9. Claro indica que lo que la Sentencia ordena es la presentación de una oferta de facilidades y/o de reventa de planes, siendo facultativo para el OMR elegir entre cualquiera de ellas. A su vez, respecto a cómo deben interpretarse los criterios señalados en la Sentencia en relación con las ofertas, señala: (i) que la generalidad exigida de las ofertas se refiere a la amplitud de los términos de ésta y no a la generación de tratamientos especiales para cada OMV o a la inclusión de la totalidad de los planes minoristas; y (ii) que la exigencia de no discriminación requiere un tratamiento igualitario para los OMV y no la igualdad de condiciones o precios contenidos en la oferta mayorista con los de clientes minoristas.

4.10. Agrega que Claro ha contestado las solicitudes de las demandadas, tal como éstas lo habrían reconocido en sus demandas, y que han sido éstas las que no han tenido una intención seria de firmar un acuerdo de facilidades con Claro ni de corregir las ofertas en base a las consideraciones señaladas en la demanda.

4.11. En cuanto al mercado relevante involucrado en autos, Claro distingue entre un mercado aguas abajo correspondiente al de “*servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional*” y un mercado 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*”. Si bien la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

definición que entrega del mercado minorista la toma de la definición entregada por este Tribunal y por la Excelentísima Corte Suprema en el marco del proceso Rol 139-07, señala que, en términos generales, el mercado relevante cambió desde dicho proceso, ya que en la actualidad los servicios de voz han perdido importancia en relación con los servicios por transmisión de datos.

4.12. Indica que los servicios asociados a la entrega de equipos terminales para telefonía móvil no serían parte del mercado relevante, ya que nada se le imputaría a las demandadas respecto a la prestación de estos servicios y se trataría de un mercado accesorio desafiante.

4.13. Respecto a los índices de concentración en el mercado, indica que éstos han ido decreciendo exponencialmente con la entrada de nuevos actores. Añade que ambos mercados son altamente competitivos y dinámicos. En cuanto a la posición de Claro en los mercados relevantes identificados, señala que Claro ha sido una empresa desafiante en este mercado y que gracias a sus esfuerzos económicos y tecnológicos ha alcanzado la posición de mercado que hoy ostenta, la que no puede ser calificada como dominante ni es comparable con la de los otros OMR.

4.14. Luego Claro interpone las siguientes excepciones y defensas:

4.14.1. Falta de legitimación activa de las demandantes, ya que la FNE sería la única legitimada para velar por el cumplimiento de la Sentencia, en conformidad con el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211;

4.14.2. No se configuraría abuso de posición dominante, ya que, tal como se señaló, Claro no tendría posición de dominio en el mercado ni se ha imputado por las demandantes ni concurre en la hipótesis la existencia de un abuso de posición dominante colectiva.

4.14.3. No se configuraría, en los hechos, un estrangulamiento de márgenes ni una discriminación de precios, lo que ya fue analizado con anterioridad. Tampoco se configurarían en la especie los requisitos exigidos por este Tribunal para acreditar la existencia de una negativa de venta, ya que (i) Claro no tiene posición dominante en el mercado de autos; y (ii) la eventual negativa no tiene la aptitud para afectar la capacidad competitiva de los OMV, toda vez que la red de Claro no constituiría facilidad esencial y no existiría acuerdo entre los OMR para negar conjuntamente un acceso a la red. Agrega que la petición de sancionar por negativa de venta sería contradictoria con la petición de sancionar por estrangulamiento de márgenes y discriminación de precios, toda vez que, si existió negativa, mal podrían darse las otras dos conductas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.15. Por último, en cuanto a la multa solicitada por las demandantes, indica que en la especie no concurriría el agravante de reincidencia señalado por las demandantes y que sí concurrirían como circunstancias atenuantes: (i) la colaboración que Claro habría prestado en la investigación de la FNE; (ii) la ausencia de un beneficio económico y los altos costos en los que ha debido incurrir para efectos de realizar las ofertas a OMV; y (iii) que Claro ha actuado de buena fe.

5. Contestaciones de Entel a las demandas de autos

El 22 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 755, Entel contestó la demanda presentada por Netline. Luego, en la misma fecha, mediante presentación de fojas 783, Entel contestó la demanda presentada por OPS. Por último, el 21 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 6.312, Entel contestó la demanda presentada por Telcomax. En estas presentaciones Entel solicitó el rechazo de las demandas presentadas en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación se exponen:

5.1. Indica Entel que, respecto de las demandas de Netline y OPS, la única conducta efectivamente imputada sería el incumplimiento de la obligación impuesta en el número II de la Sentencia, consistente en la obligación de hacer oferta de facilidades y/o reventa. Al respecto señala que dicha obligación no supone un deber de Entel de negociar con sus competidores, sino que solo el deber de presentar dichas ofertas, lo que habría realizado oportunamente y de buena fe.

5.2. Respecto de la demanda de Telcomax, señala que Entel entregó una oferta, la que fue previamente aprobada por la FNE y que Telcomax confesó haber recibido dicha oferta, pero que luego, de forma inexplicable, le acusó de una supuesta negativa de venta. Agrega que el único interés invocado por Telcomax para ser OMV –complementar su oferta de televisión pagada, ya que habría perdido clientes por no tener una oferta paquetizada– sería inverosímil dada la experiencia que ha tenido en el mercado DirectTV (servicio de tv cable sin telefonía fija).

5.3. En cuanto al mercado de las telecomunicaciones, señala que éste se caracteriza por el fenómeno de la convergencia, es decir, por la capacidad de prestar diversos servicios mediante el uso de una misma red. Expone que esto permite que la competencia ocurra entre las distintas plataformas de red, lo que genera una alta interdependencia entre los distintos servicios de telecomunicaciones, no solo por las relaciones de sustitución o complementariedad, sino que también por los altos costos compartidos, ya que utilizan la misma infraestructura de red.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.4. Entel indica que el fenómeno de la convergencia antes señalado afecta también la determinación de quiénes tienen dominancia en un mercado, ya que, tratándose de servicios interdependientes, la existencia de poder de mercado dependerá de la capacidad de los competidores de replicar ofertas conjuntas de otros. Así, las posiciones de los actores no pueden construirse en función de un solo segmento, sino que tiene que mirarse el mercado de las telecomunicaciones en general. Añade que *el acceso móvil es el único segmento de las telecomunicaciones donde 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.*

5.5. En cuanto a cómo se estructura el mercado de la telefonía móvil, señala que, a la fecha de las contestaciones, operaban cinco plataformas de cobertura nacional que cuentan con concesiones para frecuencia de espectro radioeléctrico (Entel, Telefónica, Claro, VTR y Nextel, hoy WOM); cinco OMV (Virgin, GTD Telesur, Nómade, Falabella y Netline); y un operador de telefonía satelital (Interexport). Además, existirían aproximadamente treinta empresas que habrían solicitado a la Subtel una concesión para operar como OMV.

5.6. Señala en sus contestaciones que sus ofertas cumplen con la Sentencia y permiten el desarrollo de un OMV eficiente, indicando que, de acuerdo a la Sentencia, los OMR tendrían flexibilidad para optar entre una oferta de facilidades o una oferta de reventa de planes, ya que en los casos que la autoridad ha exigido la entrega de ambas modalidades de oferta, así lo ha dicho expresamente. Respecto a las condiciones que establece la Sentencia respecto de las ofertas de facilidades y/o reventa, señala que éstas deben interpretarse de forma armónica, y que 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.*

5.7. Entel indica que, en cumplimiento de la Sentencia, ha puesto a disposición de los OMV tres ofertas mayoristas de reventa de servicios: (i) la primera de ellas es de 22 de abril del 2012, la que sin perjuicio de ser una oferta completa, Entel se puso a disposición de los OMV interesados para negociar términos individuales; (ii) la segunda es de enero 2013, que es resultado de las negociaciones con la FNE, quien solicitó que la oferta sea “incompleta”, es decir, que solo contemple condiciones esenciales de los servicios y que se refiera solo a la reventa de minutos, datos y SMS a granel; (iii) por último, la tercera oferta de 13 noviembre de 2013, que corresponde a una oferta comercial equivalente a la suscrita entre Entel y Falabella Móvil en junio de 2012 con menores exigencias de tráfico. Lo anterior,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

habría sido la condición impuesta por la FNE para proceder al cierre de la investigación que se estaba llevando a cabo respecto del cumplimiento de la Sentencia.

5.8. En cuanto a la imputación de que Entel habría incurrido en conductas exclusorias, señala que esto no sería así por diversos argumentos. Entel no tiene posición dominante en el mercado de forma individual, ya que los otros OMR pueden ofrecer el acceso al mismo insumo que requieren para operar, y que tampoco tiene ni se alegó la existencia de posición dominante colectiva. Además, indica que: (i) respecto a la imputación de estrangulamiento de márgenes, ésta dependería de la existencia de un deber de negociación o contratación con competidores (*duty to deal*), y que la Sentencia solo habría establecido la obligación de formular una oferta; (ii) las acusaciones de estrangulamiento de márgenes y negativa injustificada de venta serían contradictorias; (iii) los precios ofrecidos por Entel permitirían un negocio viable para OMV, lo que se demuestra con la situación exitosa de Falabella Móvil; (iv) la acusación por discriminación de precios respecto de los clientes minoristas no sería seria, pues estos clientes tendrían 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, entre otros; y (v) la acusación de exclusión carece de fundamento económico, ya que no existirían incentivos de parte de Entel de excluir a competidores de mediana o baja entidad pero sí otorgar acceso a competidores como Falabella Móvil, la que depende de una empresa reconocida en el mercado del retail, con una gran base de datos.

5.9. A su vez, Entel señala que ha actuado de buena fe en el cumplimiento de la Sentencia. Al respecto expone que, luego de su intento por dar cumplimiento incidental a la Sentencia en esta sede, que fue rechazado, colaboró activamente con la investigación de la FNE, la que dio su aprobación a la segunda y a la tercera oferta, ambas mencionadas con anterioridad.

5.10. Por último, en relación a la contestación de Telcomax, señala que ésta se encontraría prescrita, ya que habría transcurrido el plazo establecido en el artículo 22 inciso 5 del D.L. N° 211.

6. Contestaciones de Telefónica a las demandas de autos

El 22 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 811, Telefónica contestó las demandas presentadas por Netline y OPS. El 21 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 6.335, Telefónica contestó la demanda presentada por Telcomax. En estas presentaciones Telefónica solicitó el rechazo de las demandas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presentadas en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación se exponen:

6.1. Indica que el mercado de la telefonía móvil se encuentra completamente abierto al ingreso de los OMV, lo que se demostraría por el ingreso exitoso de empresas como Virgin Mobile y Falabella Móvil. Agrega que la 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. Además, ésta señala que no es cierto ni posible que Telefónica haya efectuado conductas con el objeto de excluir OMV ya que Telefónica es el operador móvil con red líder en el mercado mayorista y el que más contratos de facilidades ha suscrito con distintos OMV.

6.2. Telefónica señala que la Sentencia habría impuesto a las requeridas una sanción –la multa– y una medida preventiva, consistente en la obligación de efectuar una oferta de facilidades y/o reventa de planes. Agrega que, atendida esta naturaleza preventiva, la existencia de esta obligación no obstaría a la existencia de negociaciones particulares con cada OMV, ya que, en los hechos, constituiría una base sobre la cual se deben suscribir contratos de facilidades que posibiliten el ingreso de nuevos actores al mercado de la telefonía móvil. Señala, asimismo, que es una medida que impone una obligación de hacer que carece de contornos claros, lo que produce incertidumbre respecto de las partes obligadas a ella, dejándolas en una situación de indefensión.

6.3. Expone que, ya en el año 2008, Telefónica se convirtió en el primer OMR en suscribir un contrato de acceso a facilidades y reventa de planes con un OMV, sin perjuicio de mantener otras negociaciones activas que se tradujeron en los años siguientes en otros contratos de facilidades con OMV. Señala que, desde que la Sentencia quedó ejecutoriada, Telefónica le habría dado cumplimiento y habría puesto a disposición de los OMV tres ofertas de facilidades la primera de ellas acompañada el 16 de abril de 2012 a la FNE; y las ofertas segunda y tercera de 5 de agosto de 2013 y 24 de diciembre de 2013, respectivamente, las que fueron incorporando las sugerencias hechas por la FNE al efecto. Indica, además, que todas las modificaciones habrían sido informadas a los OMV, algunos de los cuales habrían acordado modificaciones a sus contratos de facilidades en base a dichas actualizaciones.

6.4. Respecto a los contratos que Telefónica ha suscrito con diversos OMV, señala los siguientes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(i) En el año 2008, Telefónica habría suscrito un contrato de servicios para la operación de concesionario de servicio público telefónico móvil con la empresa Blue Two Chile S.A., relacionada a la Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A. o Telsur. Indica que esta última compañía decidió finalmente no darle aplicación práctica a dicho contrato. Sin perjuicio de ello, en febrero de 2011 Telsur suscribió un nuevo acuerdo con Telefónica, el que seguiría vigente hasta la fecha de la contestación, sin perjuicio de algunas modificaciones.

(ii) Virgin Mobile habría suscrito con Telefónica un contrato para la reventa de servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV en agosto de 2011, a través de una de sus empresas relacionadas. Destaca que, en menos de dos años, este OMV habría alcanzado un 1% de participación del mercado, gracias a sus inversiones en publicidad y buena gestión comercial;

(iii) Telestar y Telefónica firmaron un contrato de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV en agosto de 2013, el que tomó de base la segunda oferta de facilidades de la actora, sin perjuicio de que el contrato se modificó en diciembre del mismo año producto de las condiciones contenidas en la tercera oferta de facilidades de Telefónica. Indica que esta empresa prestaría servicios de telefonía móvil prepago a través de Colo Colo Móvil;

(iv) En febrero de 2012, Netline y Telefónica habrían suscrito un contrato de facilidades que se encontraría vigente a la fecha de la contestación de su demanda. Agrega que este contrato fue modificado en beneficio de Netline y que a pesar de que Telefónica ha puesto a disposición de esta empresa las ofertas de facilidades que tenían mejores condiciones que el contrato vigente, Netline no habría solicitado una actualización del contrato en base a estas nuevas condiciones.

(v) A finales del año 2013, Telefónica suscribió con el OMV Simple un contrato de facilidades. Indica que este OMV habría ingresado al mercado con una oferta minorista de prepago con tarifa fija por cada tipo de servicio y que privilegia la virtualidad de la relación con sus usuarios, por lo que no cuenta con sucursales físicas ni vende equipos.

6.5. Agrega que todos los OMV con entradas exitosas han tenido propuestas de negocio diferenciadas de la propuesta de los OMR y la mayoría ha ingresado con ofertas de prepago con tarifas fijas. Respecto a los demandantes OPS y Telcomax, indica que no han existido verdaderas negociaciones entre ellas y Telefónica.

6.6. En lo que respecta al mercado relevante, identifica dos mercados relevantes 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*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de minutos de voz, mensajería e internet móvil”, en donde los OMR actuarían como oferentes y los OMV como demandantes. Los servicios prestados en este mercado serían el acceso a redes públicas de comunicaciones móviles y facilidades asociadas, servicios de interconexión de origenación de tráfico de voz y datos y Roaming. Indica, también, que en este mercado existiría una intensa competencia entre Entel, Telefónica y Claro y que ninguna de ellas, individualmente consideradas, tendrían poder de mercado, por lo que los servicios proveídos por los OMR se percibirían como sustitutos cercanos por los OMV. Agrega que no existiría un actuar coordinado de las demandadas y que los incentivos económicos de cada una de ellas sería otorgar acceso a los OMV.

6.7. Un segundo mercado identificado por Telefónica sería el mercado minorista de provisión de servicios de telefonía móvil a clientes finales (excluye cliente empresas o corporativo) y, específicamente, el submercado de servicios de prepago (excluye los servicios de postpago). Indica que existen diferencias importantes entre los servicios de prepago y postpago que los harían pertenecer a mercados diferentes y que lo mismo ocurriría entre los servicios minoristas a clientes empresa o corporativos y los servicios de telefonía a clientes personas naturales. Agrega que Claro, Entel y Telefónica tienen una alta participación en este segmento de mercado.

6.8. Señala que existirían otros segmentos incluidos en los mercados relevantes definidos: el segmento de internet móvil y el sub mercado de MVNE (*Mobile Virtual Network Enablers*) y MVNA (*Mobile Virtual Network Aggregator*).

6.9. En lo que respecta a la experiencia comparada de los OMV, indica que en ninguna parte del mundo se ha obligado a los OMR a subsidiar a empresas ineficientes y que exigirían como requisito que las empresas de OMV tengan planes comerciales racionales. En cuanto a esto último señala que, en general, al estar 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, por lo que lo racional sería que los OMV apunten al mercado de prepago. Añade que las demandantes pretenderían entrar a mercados saturados sin realizar ninguna inversión relevante en innovación ni desplegar un esfuerzo comercial para identificar nichos de consumidores marginados por la oferta actual de telefonía móvil.

6.10. Luego, Telefónica interpone las siguientes excepciones de forma: (i) incompetencia absoluta de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; (ii) cosa juzgada (respecto de las demandas de Netline y OPS); y (iii) improcedencia de la acción. Respecto a las alegaciones de fondo, señala que no se han verificado en la especie los elementos objetivos y subjetivos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del tipo infraccional. En específico, respecto de los elementos objetivos del tipo infracción señala:

6.10.1. Que Telefónica habría dado cumplimiento a la Sentencia, ya que formuló la oferta de facilidades y/o reventa dentro de plazo y todas sus versiones tuvieron por efecto dar cumplimiento a lo ordenado por la Sentencia. Además, las ofertas cumplirían con los criterios de generalidad (estrían destinadas a todo tipo de OMV), uniformidad (sus términos son comunes o equivalentes), objetividad (disponibilidad de atender requerimientos específicos de cada interesado) y no discriminación (sus términos y condiciones estarían justificados técnica y económicamente y serían equivalentes para todo OMV que presente mismas características). Agrega que la FNE habría revisado la primera oferta y que a partir de sus observaciones es que se formularon las ofertas segunda y tercera.

6.10.2. Que la oferta de Telefónica no contendría cláusulas anticompetitivas que alegan las demandantes y rebate cada una de las cláusulas identificadas por ellas.

6.10.3. Que no se configurarían los requisitos exigidos por este Tribunal y por la Excelentísima Corte Suprema para considerar que ha existido una negativa de venta, toda vez que: (i) Telefónica habría formulado tres versiones completas de su oferta; (ii) los OMV eficientes productivamente no verían afectada su capacidad de actuar o seguir actuando en el mercado; (iii) los OMR competirían intensamente en el mercado mayorista de facilidades; y (iv) las demandantes no han estado dispuestas a aceptar condiciones comerciales normales.

6.10.4. Que no se configurarían los presupuestos para considerar que ha existido estrangulamiento de márgenes, ya que Telefónica no tendría posición dominante en la provisión del insumo (acceso a la red) y los precios de las ofertas si permitirían a los OMV competir en el mercado minorista identificado, citando como ejemplo el caso de Virgin Mobile. Agrega que no existe justificación alguna para que las ofertas mayoristas incluyan un subsidio a los terminales móviles, ya que este no es el negocio principal de Telefónica y no constituyen un insumo esencial.

6.10.5. Que hay ausencia de una discriminación anticompetitiva, ya que lo que estaría prohibido en la sentencia es la discriminación entre distintos OMV y no entre éstos y los clientes minoristas.

6.11. Indica, a su vez, que los hechos denunciados no han afectado la libre competencia en el mercado ni han tendido a ello, puesto que ninguno de los OMR tiene poder de mercado y, desde la perspectiva de los OMV, todos los OMR se perciben como sustitutos respecto del acceso a la red. Añade que existe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia entre los OMR para captar OMV y que existirían otros factores adicionales imputables a las demandantes que serían los causantes del hecho de que éstas no hayan ingresado al mercado en la forma esperada. En específico, indica cómo estos factores se deben a la ausencia de inversiones y a las malas decisiones de marketing adoptadas por las demandantes.

6.12. En relación a lo anterior, agrega que tampoco concurre en la especie el elemento subjetivo del tipo infraccional, toda vez que Telefónica ha efectuado actos positivos de competencia con los otros OMR en la prestación de servicios mayoristas, que se han traducido en una pluralidad de contratos suscritos con diversos OMV y en la existencia de negociaciones vigentes. Al respecto añade que ha actuado amparado en la confianza legítima en la autoridad ya que la FNE habría validado sus ofertas mayoristas.

6.13. Respecto de la demanda presentada por Netline, señala que ésta deberá desestimarse en virtud de la doctrina de los actos propios toda vez que ella, como OMV, tiene suscrito un contrato con de acceso a facilidades y planes para reventa con Telefónica.

6.14. En subsidio a las excepciones, defensas y alegaciones antes mencionadas, opone la excepción de prescripción de la acción. En subsidio a ello, solicita la eximición o reducción de la multa solicitada por las demandantes. Argumenta esta última solicitud en que Telefónica ha actuado de forma diligente y de buena fe, en cumplimiento de la Sentencia y, subsidiariamente, la argumenta en que la multa solicitada sería desproporcionada.

7. Resoluciones que reciben la causa a prueba.

7.1. A fojas 959, se recibió la causa a prueba de los roles acumulados 271-13 y 269-13 y a fojas 1.062 se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos, los siguientes: (1) Estructura, característica y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2011 y hasta la fecha de interposición de la última de las demandas; (2) Hechos y circunstancias que configurarían el incumplimiento por parte de las demandadas de su 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. Términos y oportunidad de las mismas; y (3) Efectos de las conductas denunciadas en el o los mercados concernidos.

7.2. A fojas 6.471, se recibió la causa a prueba del rol acumulado 286-14 y a fojas 6519 se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

siguientes: (1) Estructura, características, funcionamiento y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2011 y hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 3 de octubre de 2014. En particular: (a) Facilidades y servicios requeridos por los operadores móviles virtuales para poder prestar servicios de telefonía móvil a clientes minoristas, con distinción entre aquellos que sólo pueden ser obtenidos de operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico y aquellos que pueden desarrollar independientemente o contratar de terceros; (b) Efectividad de que los operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico son sustitutos entre sí en cuanto oferentes de facilidades de red y/o revendedores de planes para operadores móviles virtuales; y, (c) Similitudes y diferencias entre los servicios que los operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico proveen a clientes finales y los provistos a operadores móviles virtuales; (2) Ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que habrían formulado Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Claro Chile S.A. a Telecomunicaciones Max Limitada. Oportunidades y circunstancias en que dichas ofertas fueron solicitadas por Telecomunicaciones Max Limitada. Términos y condiciones de dichas ofertas de facilidades y/o reventa de planes en general y, en particular: (a) Efectividad de que las ofertas de facilidades no precisarían los elementos de red incluidos en ellas y de que sus precios no dirían relación con las facilidades y los servicios ofrecidos. Efectos en la competencia; (b) Efectividad de que las demandadas se habrían negado a formular ofertas de reventa de planes. Efectos en la competencia; (c) Efectividad de que los precios contenidos en las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales impedirían prestar competitivamente servicios de telefonía móvil a clientes minoristas. Efectos en la competencia; y, (d) Efectividad de que las siguientes condiciones comerciales de las ofertas de facilidades y/o reventa de planes de las demandadas carecerían de razonabilidad económica y serían discriminatorias: (i) cobros de cargos de acceso; (ii) escalas de descuento por volumen; (iii) obligación de respetar el volumen de tráfico proyectado; (iv) facturación mensual mínima; y, (v) ausencia de subsidios respecto de equipos terminales. Efectos en la competencia; (3) Efectividad de que las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que las demandadas habrían formulado a Telecomunicaciones Max Limitada: (i) fueron aprobadas por la Fiscalía Nacional Económica o se ajustaron a recomendaciones dadas por ella; y, (ii) permitieron el ingreso de otros operadores móviles virtuales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. Prueba documental rendida en autos.

8.1. Documentos acompañados por Netline:

8.1.1 A fojas 93, (i) antecedentes legales de Netline; (ii) copia de comunicaciones relativos a ofertas de facilidades señalados en su demanda; (iii) copia de planes de telefonía móvil de Entel, Telefónica y Claro señalados en su demanda; (iv) archivo excel con modelamiento de la oferta minorista de las demandadas, en relación a los precios mayoristas ofrecidos; (v) acuerdo de confidencialidad de Entel; (vi) ofertas de facilidades de Claro de abril de 2012 y de junio de 2013; y (vii) oferta de facilidades de Telefónica de agosto 2013.

8.1.2 A fojas 237, (i) copia de la carta enviada por Telefónica en la que se adjunta oferta de facilidades vigente al 18 de diciembre de 2013; y (ii) planes banda ancha de Telefónica y Entel.

8.1.3 A fojas 352, acta notarial que certifica la entrada al sitio de internet de Claro.

8.1.4 A fojas 941, (i) copia de Oficio Ordinario N°0041/DJ-2 09 de la Subtel; (ii) copia de informe de archivo de la investigación FNE por licitación banda 700 Mhz; y (iii) recortes de prensa que dan cuenta de que el 2003 el Gerente Gral. de Netline fue premiado como empresario exitoso.

8.1.5 A fojas 1.470, (i) copia presentación de la FNE en autos Rol 139-07; (ii) copia de resolución de archivo de la investigación 2078-12, emitida por la FNE; (iii) copia de informe de archivo de la investigación 2078-12 de la FNE; (iv) copia de resoluciones y documentos del Consejo de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones español; (v) nota de prensa que informa multa impuesta por la UE a empresa ligada a Telefónica; (vi) copia de Reglamento sobre oferta de facilidades y reventa de planes para OMV de la Subtel; (vii) correo electrónico con Entel PCS; y (viii) actas notariales con revisión de las ofertas publicadas por demandadas e intercambio de comunicaciones con ellas.

8.1.6 A fojas 1.483, comparaciones de planes y tarifas de Telefónica, utilizando portal de la Subtel.

8.1.7 A fojas 1.498, acuerdo de entendimiento y confidencialidad suscrito con Entel.

8.1.8 A fojas 1.510, documentos que contienen modelamiento de la oferta minorista de las demandadas en relación a los precios mayoristas y el margen que obtendría un OMV.

8.1.9 A fojas 1.660, (i) copia de comunicaciones sostenidas con la Fiscalía Nacional Económica en el marco del cumplimiento de la Sentencia; (ii) copia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carta recibida del Concilio Nacional de Iglesias Evangélicas; (iii) copia de página web de Telecable, OMV español que presta servicios de postpago; y (iv) impresión de un blog que da cuenta que diversos OMV prestan servicios de postpago.

8.1.10 A fojas 1.839, (i) copia de la respuesta de solicitud de acceso a información pública de la CGR; y (ii) proyecto de DS N°28 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, MTT) y Ordinario de la Subtel, acerca del reglamento de ofertas a OMV.

8.1.11 A fojas 3.376, acompaña Oficio de la Subtel en la que se señala que las ofertas de facilidades debiesen ser públicas.

8.1.12 A fojas 5.637, acompaña las memorias anuales de Telefónica de los años 2012 y 2013.

8.1.13 A fojas 5.646, cadena de correos y comunicaciones con Telefónica.

8.1.14 A fojas 5.674, acompaña (i) copia del informe "Competencia en el mercado chileno: Una mirada transversal" de Fernando Medina y notas de prensa relacionadas a éste; y (ii) Nota de prensa con entrevista a gerente de Netline.

8.1.15 A fojas 5.869, oferta pública de reventa mayorista de servicios de telefonía móvil para OMV de Entel, enviada en octubre de 2014; adendas y cartas con Entel.

8.1.16 A fojas 5.901, (i) correo electrónico enviado por un cliente de Netline indicando su intención de cambiarse a Claro; y (ii) cotización plan empresa de Entel (precio minorista inferior al precio mayorista ofrecido).

8.1.17 A fojas 6.048, Decreto del MTT que aprueba contrato para la provisión del servicio de telefonía celular en favor de la Subtel.

8.2 Documentos acompañados por OPS:

8.2.1. A fojas 530: (i) ofertas mayoristas de Entel comunicadas a OPS en enero 2013 y diciembre 2013; (ii) oferta mayorista de Claro comunicada a OPS en junio 2013; y (iii) oferta mayorista de Telefónica comunicada a OPS en agosto 2013.

8.2.2. A fojas 1.616, copia del informe de Archivo de la investigación 2078-12 remitido al Fiscal Nacional Económico con ocasión de la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia.

8.2.3. A fojas 1.861, (i) copia del Ordinario N°0041/DJ-2 09 de la Subtel; (ii) texto del documento en consulta ciudadana de reglamento sobre oferta de facilidades y reventa de planes para OMV; (iii) resolución exenta N°2300 de la Subtel; y (iv) publicación en diario oficial por la que se convoca a consulta ciudadana del texto del reglamento para OMV de la Subtel.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.2.4. A fojas 2.317, comunicaciones entre OPS y Telefónica y acuerdo de confidencialidad suscrito con éste.

8.2.5. A fojas 2.380, comunicaciones entre OPS y Claro y acuerdo de confidencialidad suscrito con éste.

8.2.6. A fojas 2.421, comunicaciones entre OPS y Entel y acuerdo de confidencialidad suscrito con éste.

8.2.7. A fojas 2.380 y 2.835, comunicaciones con Claro.

8.2.8. A fojas 8.108, (i) aportes de antecedentes de la FNE en proceso Rol NC 423-14; (ii) aporte de antecedente de la Subtel en mismo procedimiento; (iii) cartas enviadas a las demandadas; (iv) copia de convenio de interconexión celebrado con Telefónica; (v) contrato de interconexión celebrado con Claro; (vi) contrato de interconexión celebrado con Entel.

8.3. Documentos acompañados por Telcomax:

8.3.1. A fojas 6.065, (i) oferta de facilidades entregada por Telefónica el 2010, y 2014; (ii) oferta de facilidades entregada por Entel; (iii) oferta de facilidades entregada por Claro; y (iv) decreto que le otorga concesión de servicio público.

8.4. Documentos acompañados por Claro:

8.4.1. A fojas 1.578, (i) copia del informe de Archivo de la investigación 2078-12 remitido al Fiscal Nacional Económico con ocasión de la fiscalización del cumplimiento de la Sentencia; y (ii) copia resolución FNE en la que se ordena el archivo del expediente de fiscalización 2078-12.

8.4.2. A fojas 8.186, copia de contrato marco de servicios de telecomunicaciones celebrado con Compatel Chile Ltda.

8.5. Documentos acompañados por Entel:

8.5.1. A fojas 8185, (i) acta notarial que certifica búsqueda e ingreso a la página web www.gtcl.cl; (ii) copia del informe de portabilidad de la Subtel; (iii) copia del informe anual sector telecomunicaciones año 2015 de la Subtel; (iv) copia del acuerdo de entendimiento y confidencialidad con Telestar S.A.

8.6. Documentos acompañados por Telefónica:

8.6.1. A fojas 1.724, (i) copia del contrato de servicio para la operación de concesionario de servicio público telefónico móvil y *MOU* celebrado con Blue Two S.A.; (ii) copia de acuerdos de confidencialidad suscritos con Telestar Móvil S.A., Tribe Mobile Inc.; (iii) copia del contrato de servicios para la reventa de servicios telefonía móvil bajo la modalidad de OMV celebrado con Compañía Nacional de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Teléfonos, Telefonía del Sur S.A.; (iv) copia del MoU y de contrato de servicios para la reventa de servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV suscrito con Netline el 21 de febrero de 2012 y sus anexos; (v) copia de oferta comercial OMV con aspectos comerciales para un futuro acuerdo con Netline, de 8 julio 2011; (vi) copia de contrato de servicio para la reventa de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV celebrado con Tribe Mobile Chile S.A. y sus anexos; (vii) copia de ofertas de Telefónica (primera, con vigencia desde 16 de abril de 2012; segunda, con vigencia desde el 5 de agosto de 2013; y tercera, con vigencia desde 23 de diciembre de 2013; (viii) copia del decreto de la Subtel que aprueba el reglamento sobre oferta de facilidades y reventa de planes para OMV; y (ix) copia impresa de intercambio de correos electrónicos con Netline.

8.6.2. A fojas 2.551, comunicaciones entre Telefónica y OPS.

8.6.3. A fojas 7.590, cadena de correos electrónicos con Telcomax.

8.6.4. A fojas 8.429, (i) Directivas del Parlamento Europeo sobre la materia; (ii) comunicaciones con Netline; (iii) copia del Oficio Ordinario de la Subtel sobre reglamento OMV; (iv) notas de prensa sobre la materia; (v) capturas de pantalla de páginas web de OMV españoles; (vi) copia de presentaciones de Telefónica ante la Subtel; (vii) copia de escritos principales de proceso por la demanda presentada por Mercopac S.A. en contra de Virgin, Rol 21.748-2015; y (viii) copias de facturas emitidas por Netline y Virgin a Telefónica;

8.7. Exhibiciones de documentos

8.7.1. A fojas 2.090 Entel exhibió, a solicitud de Netline, copia del acuerdo de confidencialidad suscrito con Netline.

8.7.2. A fojas 3.147, Virgin Mobile Chile S.p.A. (en adelante, "Virgin"), exhibió los siguientes documentos a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) copia del contrato celebrado con Telefónica, tres adenda y una modificación del mismo; (ii) copia de documentos relativos a la solicitud de concesión de servicio público de telefonía móvil; y (iii) copias de correos electrónicos intercambiados con Telefónica, las que contendrían las ofertas de facilidades y/o reventa de planes de telefonía móvil de ésta. Virgin complementa la exhibición acompañando documentos a fojas 3.638.

8.7.3. A fojas 3.166, Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur (en adelante, "Telsur"), exhibió los siguientes documentos, a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) copia del contrato celebrado con Telefónica, tres anexos y una modificación del mismo; (ii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil; (iii) copias de comunicaciones intercambiadas con entre GTD Grupo Teleductos S.A. (relacionada a Telsur) y Telefónica y Entel; y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) ofertas mayoristas de Telefónica de julio 2013 y diciembre 2013; una oferta mayorista de Entel, sin fecha; y una oferta mayorista de Claro de abril 2012.

8.7.4. A fojas 3.237 RedVoiss S.A. (en adelante, "RedVoiss") exhibió los siguientes documentos, a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) copia de las propuestas comerciales de Claro, Entel y Telefónica; (ii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil; (iii) comunicaciones con las demandadas; y (iv) ofertas mayoristas entregadas por las demandadas.

8.7.5. A fojas 3.280, VTR Banda Ancha (Chile) S.p.A. exhibió, a solicitud de OPS de fojas 1.590, copia del contrato de arrendamiento recíproco de infraestructura de Telecomunicaciones suscrito con Entel; y contratos y comunicaciones relativas a ofertas de facilidades con las demandadas.

8.7.6. A fojas 3.369, Alfa Centauro S.A. (en adelante, "Alfa Centauro") exhibió, a solicitud de OPS de fojas 1.625, copia del 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".

8.7.7. A fojas 3.428, Telestar Móvil S.A. (en adelante, "Telestar") acompañó al proceso los siguientes documentos que le habían ordenado exhibir según resolución de fojas 1.742: (i) copia del contrato de servicio de telefonía móvil bajo modalidad de OMV suscrito con Telefónica, junto a una modificación del mismo; (ii) diversas comunicaciones intercambiadas con representantes de Telefónica; (iii) oferta de Huawei y carta Gantt para implementación del proyecto y copia del finiquito del mismo; (iv) diversas comunicaciones intercambiadas con representantes de Entel; (v) acuerdo de confidencialidad suscrito con Entel; (vi) diversas comunicaciones intercambiadas con representantes de Claro; y (vii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil.

8.7.8. A fojas 4.006 y 5.003, Entel exhibió los siguientes documentos a solicitud de Netline de fojas 1.551 y 1.563 y de OPS de fojas 1.620: (i) copias simples de comunicaciones, tres ofertas de facilidades y acuerdos de intercambio mutuo de información confidencial suscrito con RedVoiss; (ii) comunicaciones con la FNE relativas a las ofertas de facilidades, las que incluyen una copia de las ofertas públicas de reventa mayorista de servicios de telefonía móvil de mayo 2012, enero 2013 y septiembre 2013; (iii) copia del contrato suscrito con Falabella Móvil y facturas y notas de crédito que dicen relación con el mismo; (iv) copia simple de comunicaciones enviadas al representante de Telestar Móvil S.A., en la que se adjuntan las ofertas mayoristas respectivas; (v) copia del contrato marco de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Roaming Nacional suscritos con Centennial Cayman Corp. Chile S.A. (Nextel Chile) y sus anexos; de un contrato de confidencialidad y no revelación suscrito con esa misma parte y facturas electrónicas asociadas; (vi) copias de las ofertas públicas mayoristas y sus anexos; (vii) copia del acuerdo de intercambio mutuo de información confidencial, suscrito con OPS; (viii) listado con los veinte mayores clientes en facturación y los veinte clientes con mayor tráfico, junto a datos de facturación e ingresos de cada uno de ellos y contratos suscritos con algunos de ellos; y (ix) planes postpago ofrecidos a personas y empresas durante años 2012 y 2013.

8.7.9. A fojas 4.166 (complementada a fojas 4.466) y 4.960 Telefónica exhibió los siguientes documentos a solicitud de Netline de fojas 1.551 y 1.563 y de OPS de fojas 1.620: i) copias simples de comunicaciones con RedVoiss, junto con tres ofertas de facilidades y copia del compromiso de confidencialidad suscrito con ésta; (ii) comunicaciones con la FNE relativas a las ofertas de facilidades, las que incluyen una copia de las ofertas públicas de reventa mayorista de servicios de telefonía móvil; (iii) copia del contrato suscrito con Tribe Mobile Chile S.p.A. (Virgin) junto con sus anexos, modificaciones, facturas y notas de crédito asociadas; (iv) copias de las ofertas públicas mayoristas y sus anexos de agosto 2013 y diciembre 2013; (v) tabla que contiene las tarifas de prepago vigentes durante los años 2012 y 2013 con sus condiciones comerciales; (vi) copia de cartas enviadas a OPS con copia de las ofertas mayoristas de Telefónica y copia del compromiso de confidencialidad suscrito con ésta; (vii) archivadores con las condiciones de contratación generales de planes postpago comercializados en 2012 y 2013, con indicación de aquellos comercializados para Pymes; (viii) nómina con los veinte mayores clientes en facturación y los veinte clientes con mayor tráfico, junto a datos de facturación e ingresos de cada uno de ellos y contratos suscritos con algunos de ellos; y (ix) copia de la oferta mayorista de Telefónica de agosto de 2013, de diciembre de 2013 y de enero de 2014 junto con cartas en las que se la remite a diversos OMV.

8.7.10. A fojas 4.275 y 4.969 Claro exhibió los siguientes documentos a solicitud de Netline de fojas 1.551 y 1.563 y de OPS de fojas 1.620: (i) comunicaciones con la FNE relativas a las ofertas de facilidades; (ii) copia de las ofertas públicas de reventa mayorista de servicios de telefonía móvil de abril 2012, junio 2013 y abril 2014; (iii) copia simple de comunicaciones enviadas al representante de Telestar Móvil S.A., en la que se adjuntan las ofertas mayoristas respectivas; (vi) copia de comunicaciones enviadas a OPS en la que se adjuntan las ofertas mayoristas respectivas; (vii) copia de planes prepago y postpago, empresas y personas, de los años 2012 y 2013; (viii) lista con los dieciocho mayores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

clientes en facturación y los veinte clientes con mayor tráfico y los contratos suscritos con ellos; y (ix) cartas enviadas a representantes de diversos OMV adjuntando sus ofertas mayoristas.

8.7.11. A fojas 4.376, Netline exhibió los siguientes documentos a solicitud de Claro de fojas 1.578 y de Telefónica de fojas 1.735: (i) modelos y operaciones de cálculos efectuados para señalar que ofertas de Claro le generarían márgenes negativos y antecedentes utilizados para ello; y (ii) balance y estados de resultado de los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

8.7.12. A fojas 4.376, OPS exhibió los siguientes documentos a solicitud de Claro de fojas 1.578 y de Telefónica de fojas 1.735: (i) balances y estados de resultado de los años 2010, 2011, 2012 y 2013; (ii) copia de comunicaciones sostenidas con representantes de Claro; (iii) cálculos realizados con los planes de Claro para el cálculo de márgenes; y (iv) presentación efectuada a la FNE en el marco de la investigación 2078-12.

8.7.13. A fojas 4.892 y 5.110, Falabella Móvil S.p.A. (en adelante “Falabella Móvil”) exhibió los siguientes documentos a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) contrato de prestación de servicios a OMV suscrito con Entel; (ii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil y copia del decreto que lo modifica; y (iii) comunicaciones con las demandadas Claro y Entel.

8.7.14. A fojas 4.895, Nextel S.A. (en adelante, “Nextel”) exhibió los siguientes documentos a solicitud de OPS de fojas 1.590: (i) copia del contrato marco de *Roaming* Nacional suscrito entre Centennial Cayman Corp. Chile S.A. (Nextel Chile) y Entel y sus anexos; (ii) copia de un borrador del contrato señalado en el número (i) anterior; (iii) acuerdos de confidencialidad suscritos con Claro y Entel; (iv) copia de la oferta mayorista de Claro de junio 2013; y (v) propuesta comercial enviada por Telefónica en marzo 2012.

8.7.15. A fojas 4.916, VTR Wireless S.p.A. (en adelante, “VTR”) exhibió los siguientes documentos decretada a fojas 3.641: (i) copia de *MoU*, contrato de *roaming* nacional junto a sus anexos y modificaciones, contrato de arrendamiento de infraestructura de telecomunicaciones; todos ellos suscritos con Telefónica; (ii) comunicaciones sostenidas con las tres demandadas en relación a las ofertas mayoristas; (iii) copia de una oferta mayorista enviada por Claro y dos ofertas enviadas por Telefónica; (iv) copia de liquidaciones asociadas al contrato de *roaming* nacional; y (v) copia de acuerdo de confidencialidad suscrito con Claro.

8.7.16. A fojas 5.374, Nómade Telecomunicaciones S.A. (en adelante, “Nómade”) exhibió los siguientes documentos a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito con Telefónica; (ii) convenio de interconexión suscrito con Claro; (iii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil y sus modificaciones; y (iv) comunicaciones sostenidas con representantes de las demandadas.

8.7.17. A fojas 6.850, Telefónica exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.554: (i) estados financieros consolidados para el período 2011-2014; (ii) contratos con proveedores de equipos de telefonía móvil; (iii) comunicaciones enviadas a diversos OMV con ofertas de facilidades (algunas ya exhibidas a fojas 4166 y 4690); (iv) comunicaciones enviadas a la FNE relacionadas a las ofertas mayoristas (ya exhibidas a fojas 4166, salvo una); (v) copia de contratos de facilidades suscritos con OMV (algunos ya exhibidos a fojas 4166); y (vi) informe y resolución de archivo de la FNE de la investigación rol 2078-12.

8.7.18. A fojas 6.895 Simple S.p.A. (en adelante, "Simple") exhibió a solicitud de Telcomax de fojas 6.554, copia del contrato de servicios de telefonía móvil suscrito con Telefónica.

8.7.19. A fojas 6.897, Cencosud S.A. (en adelante, "Cencosud") exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.566, los que acompañó al proceso a fojas 6.886: (i) contrato prestación de servicios de telefonía móvil entre Johnson's S.A. y Claro; (ii) convenio *outsourcing* de telecomunicaciones suscrito con Claro y su modificación; (iii) contrato y *addendum* de prestación de servicio de telecomunicaciones renovación de servicios suscrito con Claro; (iv) contrato de arrendamiento de facilidades para servicios de instalaciones de telecomunicaciones suscrito entre comercializadora Costanera Center S.p.A. y Costanera Center S.A. con Entel; (v) acuerdos comerciales suscritos con Entel; (vi) contrato de prestación de servicios suscrito con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. y sus modificaciones; y (vii) contrato de prestación de servicios suscrito con Telefónica junto con sus anexos.

8.7.20. A fojas 6.926, Latam Airlines Group S.A. (en adelante, "Latam") exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.554: (i) borrador que revela condiciones comerciales con Entel desde agosto de 2005 a mayo 2014; y (ii) contrato marco de prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito con Telefónica.

8.7.21. A fojas 6.928, Empresas Tattersall S.A. ("Tattersall") exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.554: (i) contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito con Empresa Nacional de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Telecomunicaciones S.A.; y (ii) documento que contiene las condiciones comerciales vigentes con Entel.

8.7.22. A fojas 7.399, Entel exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.552: (i) estados financieros años 2011 a 2014; (ii) órdenes de compra relacionados con la compra de equipos terminales de telefonía móvil; (iii) copia de comunicaciones sostenidas con representantes de distintos OMV; (iv) comunicaciones y documentos enviados a la FNE en el marco de la investigación sobre el cumplimiento de la Sentencia, indicando que éstos se encuentran en el expediente de investigación exhibido a fojas 4.161; y (v) contrato suscrito con Falabella Móvil, el que también ya fue exhibido a fojas 4.161.

8.7.23. A fojas 7.406, Telcomax exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telefónica y Claro de fojas 6.559 y 6.561: (i) copia de comunicaciones con Telefónica y oferta de facilidades de ésta; (ii) documento denominado *Business Plan MVNE TuVoz vDec2010*; (iii) antecedente sobre negociaciones con Banco BCI y Claro; (iv) antecedentes de propuestas de Telcomax a Cencosud, Novanet y BCI; (v) antecedentes de cálculos efectuados en la demanda en contra de Claro; (vi) documento denominado “Informe para TDLC caso Telcomax”; y (vii) antecedentes que dan cuenta de los elementos de red que serían aportados por el modelo OMV planificado Telcomax.

8.7.24. A fojas 7.469, Claro exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.552: (i) estados financieros años 2011 a 2014; (ii) facturas emitidas por Claro a sus proveedores de equipos terminales; (iii) comunicaciones y antecedentes en que se da cuenta de sus ofertas de facilidades enviadas el año 2014 (respecto a los demás años hace referencia a documentos exhibidos a fojas 4.275 y fojas 4.969); (iv) comunicaciones y documentos enviados a la FNE en el marco de la investigación sobre el cumplimiento de la Sentencia, indicando que éstos se encuentran en exhibición de fojas 4.275; y (v) respecto de documentos en los que la FNE aprueba sus ofertas, hace referencia a expediente de investigación exhibido a fojas 4.161.

8.7.25. A fojas 7.582, comparece BCI a la audiencia de exhibición de documentos solicitada por Claro a fojas 6.561, señalando que ignora la existencia de documentos relativos a negociaciones con Telcomax o TuVes.

8.7.26. A fojas 7.761, Entel exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 7.508: (i) copia del contrato de provisión de equipos terminales suscrito con Apple; y (ii) copia del contrato de provisión de equipos terminales suscrito con RIN.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.7.27. A fojas 7.865, comparece Farmacias Ahumadas S.A. y FASA Chile S.A. a la audiencia de exhibición de documentos solicitada por Telcomax a fojas 6.554, señalando que no tienen contratos de servicios con las demandadas, ya que las relaciones comerciales se realizan mediante la aceptación de una cotización de servicios. Solo exhibe una cotización de Entel de 2014.

9. Prueba testimonial rendida en autos

9.1. Prueba testimonial rendida por Netline:

9.1.1. A fojas 1.491, don Alberto Patricio Mordojovich Soto (transcripción a fojas 1.666).

9.1.2. A fojas 1.547, don Israel Simón Mandler Snaider (transcripción a fojas 2.181).

9.1.3. A fojas 2.040, don Oscar Mario Cabello Araya (transcripción a fojas 2.459).

9.2. Prueba testimonial rendida por OPS:

9.2.1. A fojas 1.557, don Jaime Leonardo Avilés Soto (transcripción a fojas 1.908).

9.2.2. A fojas 2.789, Paulo César Oyanedel Soto (transcripción a fojas 3.660).

9.2.3. A fojas 2.790 y 5.072, Vladimir Mario Cobarrubias Llantén (transcripción a fojas 5.792).

9.2.4. A fojas 4.700, don Álvaro Silva Madrid (transcripción a fojas 2.549).

9.3. Prueba testimonial rendida por Telcomax:

9.3.1. A fojas 6.578, don Cristián Andrés Lagos Mella (transcripción a fojas 6.640).

9.3.2. A fojas 6.583, don Dante Andrés Paulo Pérsico San Martín (transcripción a fojas 6.704).

9.3.3. A fojas 6.585, don Antonio de Bonis Galgani (transcripción a fojas 6.608).

9.3.4. A fojas 6.978, don Cristián Guillermo Cáceres Faúndez (transcripción a fojas 7.101).

9.3.5. A fojas 7.505, don Rafael Francisco Fuster Massone (transcripción a fojas 7.738).

9.3.6. A fojas 7.621, don Oscar Cabello Araya (transcripción a fojas 7.904).

9.4. Prueba testimonial rendida por Claro:

9.4.1. A fojas 1.826, don Antonio Alejandro Véliz Guzmán (transcripción a fojas 1.998).

9.4.2. A fojas 1.828, don Cristián Arnaldo Rojas Pérez (transcripción a fojas 2.015).

9.4.3. A fojas 1.904, don Patricio Andrés Varas Palma (transcripción a fojas 2.073).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.4.4. A fojas 7.700, don Raimundo Soto Merino (transcripción a fojas 7.771).

9.5. Prueba testimonial rendida por Entel:

9.5.1. A fojas 3.724, don Manuel Araya Arroyo (transcripción a fojas 4.080).

9.5.2. A fojas 3.733 y 7.574, don Paulo Cesar Oyanedel Soto (transcripciones a fojas 4.129 y 7.607).

9.5.3. A fojas 7.261, don Roberto Baltra Torres (transcripción a fojas 7.473).

9.5.4. A fojas 7.264, don Ronald Fischer Beltrán (transcripción a fojas 7.538).

9.6. Prueba testimonial rendida por Telefónica:

9.6.1. A fojas 1.984 y 7.867, don Manuel Moisés Sepúlveda Morales (transcripciones a fojas 2.102 y 7.873).

9.6.2. A fojas 2.045, 2.949 y 6.703, don Juan Antonio Etcheberry Duhalde (transcripciones a fojas 2.282, 4.022 y 6.789).

9.6.3. A fojas 4.478 y 7.006, don Mauricio Gutiérrez Martínez (transcripciones a fojas 5.115 y 7.290).

9.6.4. A fojas 5.081 y 5.233, don Manuel Willington (transcripción a fojas 5.710).

9.6.5. A fojas 5.236, don Guillermo Paraje (transcripción a fojas 5.688).

9.6.6. A fojas 7.755, don Alfonso Octavio Ehijo Benbow (transcripción a fojas 7.822).

10. Prueba confesional en autos

10.1. A fojas 2.594, 2.616 y 7.133, a solicitud de OPS, Netline y Telcomax don Roberto Muñoz Laporte, en representación de Telefónica (transcripciones a fojas 2.841, 2.952 y 7.364).

10.2. A fojas 2.664, 2.680, a solicitud de Netline y OPS, don Mauricio Escobedo Vásquez, en representación de Claro (transcripciones a fojas 3.092 y 3.024).

10.3. A fojas 3.657, a solicitud de Telefónica, don Joel Bendersky Alter, en representación de Netline (transcripción a fojas 4.610).

10.4. A fojas 3.710, a solicitud de Telefónica, don José Luis Zumaeta Morales, en representación de OPS (transcripción a fojas 4.747).

10.5. A fojas 4.791 y 4.765, a solicitud de Netline y OPS, don Antonio Buchi Buc en representación de Entel (transcripciones a fojas 5.018 y 5.166).

10.6. A fojas 7.256, a solicitud de Telefónica, don Cristián Maturana Miquel, en representación de Telcomax (transcripción a fojas 7.702).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.7. A fojas 7.282 y 7.287, a solicitud de Telefónica y Entel, don Konrad Burchardt Delaveau, en representación de Telcomax (transcripciones a fojas 7.510 y 7.556).

11. Informes presentados en autos

11.1. A fojas 2.566, OPS acompañó los siguientes informes técnicos (i) "Estudio y análisis técnico regulatorio de los OMV y análisis ofertas mayoristas entregadas a OPS por parte de los tres concesionarios móviles tradicionales (Claro, Entel y Telefónica" de Álvaro Silva Madrid; (ii) Informe Peritaje Telecomunicaciones (Entel) de don Vladimir Cobarrubias Llantén; (iii) Informe Peritaje Telecomunicaciones (Telefónica) de don Vladimir Cobarrubias Llantén; y (iv) Informe Peritaje Telecomunicaciones (Claro) de don Vladimir Cobarrubias Llantén.

11.2. A fojas 4.890, Telefónica acompañó el informe económico "El competidor eficiente en el mercado de OMV", de Guillermo Paraje y Manuel Willington.

11.3. A fojas 5.637, Netline acompañó el informe "Análisis de estrangulamiento de márgenes ofertas de facilidades de Operadores Móviles con Red. Mercado telefonía móvil en Chile 2012-2013", de don Marcelo Melnick.

11.4. A fojas 6.974, Telcomax acompañó el informe técnico económico denominado "Análisis del cumplimiento de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema relativa a Operadores Móviles Virtuales: el caso de Telcomax", de don Oscar Cabello Araya e Israel Mandler Snaider.

11.5. A fojas 7.086, Claro acompañó el informe económico "Informe sobre estrangulamiento de márgenes de la empresa Claro", de don Raimundo Soto.

11.6. A fojas 7.165, Entel acompañó el informe técnico económico "Análisis de Mercado Operadores Móviles Virtuales y Oferta de Facilidades de Operadores Móviles en Chile", de don Roberto Baltra.

11.7. A fojas 7.203, Entel acompañó el informe técnico económico "Regulación de contratos entre operadores de redes y operadores móviles virtuales", de don Ronald Fischer.

11.8. A fojas 7.697, Telefónica acompañó el informe técnico "Sistemas de Telefonía Móviles: Integración de Operadores Móviles Virtuales (OMV) con Operadores Móviles de Red (OMR)", de los señores Alfonso Ehijo B., Sergio Ehijo B. y José González A.

12. Oficios y otros

12.1. A fojas 1.742 se trae a la vista expediente rol 139-07.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12.2. A fojas 2.629, la Subsecretaría de Telecomunicaciones acompañó informe solicitado mediante Oficio N°300 de 14 de agosto de 2014.

12.3. A fojas 2.724, complementado a fojas 3.434, la Fiscalía Nacional Económica acompañó copia digital del expediente de investigación rol FNE N°2078-12, en cumplimiento de la resolución de 6 de agosto de 2014.

13. Observaciones a la prueba

13.1. A fojas 8439, Claro presentó sus observaciones a la prueba.

13.2. A fojas 8523, Netline presentó sus observaciones a la prueba.

13.3. A fojas 8599, OPS presentó sus observaciones a la prueba.

13.4. A fojas 8834, Telcomax presentó sus observaciones a la prueba.

13.5. A fojas 8888, Telefónica presentó sus observaciones a la prueba.

13.6. A fojas 8762, Entel presentó sus observaciones a la prueba.

14. Resolución que trae los autos en relación.

A fojas 7.973, el 26 de enero de 2016, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. Se fijó la fecha para la audiencia de vista de la causa, la que se efectuó el 20 de abril de 2016 a las 9:00 horas.

Y CONSIDERANDO:

En cuanto a los incidentes pendientes de resolver:

Primero: Que antes de analizar el fondo de lo debatido, es necesario pronunciarse sobre las solicitudes de Netline de fojas 2.706 y de OPS de fojas 2.771, de tener por confeso al Sr. Roberto Muñoz Laporte, representante legal de Telefónica. Tanto Netline como OPS acusan al Sr. Muñoz de entregar respuestas evasivas a las posiciones números 24, 25, 35, 37, 55, 71, 83, 102, 103, 104 y 105 (del pliego que rola a fojas 2568) y números 32, 44, 45, 46, 48, 50, 54, 63, 67, 68, 71, 72, 75, 76, 77, 81, 143 y 144 (del pliego que rola a fojas 2.593) respectivamente;

Segundo: Que en forma previa a analizar las respuestas del absolvente, se debe tener presente que el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil establece una sanción al litigante que no comparece al segundo llamado, se niega a declarar o da respuestas evasivas. Dicha sanción es tenerlo por confeso de los hechos afirmados en el respectivo pliego de posiciones. Sin embargo, la valoración de esa confesión no se rige en esta sede por lo dispuesto en el artículo 400 del mismo Código, toda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vez que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del D.L. N°211, este Tribunal debe apreciar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica;

Tercero: Que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran como respuesta evasiva aquella que elude o esquivo lo que se le interroga. Al respecto, en todas las respuestas a las posiciones singularizadas en la consideración precedente, el absolvente señala desconocer o no constarle la efectividad de determinados hechos indicados en dichas posiciones. Como se aprecia, entonces, el absolvente no está eludiendo ni esquivando lo que se le interroga, ya que sus respuestas son claras y precisas al señalar que se encuentra imposibilitado de afirmar o negar los hechos, por no constarle o desconocerlos. Similar criterio ha aplicado la Excelentísima Corte Suprema en sentencia de 25 de septiembre de 1989 (R., t. 86, sec 1°, p.126). Por lo tanto, este Tribunal rechazará las incidencias promovidas por Netline y OPS a fojas 2.706 y 2.771;

En cuanto al fondo:

Cuarto: Que, como se ha señalado, los demandantes imputan a Claro, Entel y Telefónica la ejecución de uno o más actos que impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil. En particular, las tres demandantes solicitan en el petitorio de sus demandas que este Tribunal declare que las demandadas han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada consistentes en que (i) las demandadas habrían estrangulado los márgenes de las demandantes, al ofertar al operador móvil virtual precios mayoristas que serían superiores a aquellos ofrecidos por las demandadas a sus clientes minoristas; y, (ii) las demandadas habrían negado injustificadamente la entrega de una oferta de facilidades o de reventa de planes en los términos establecidos en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011 o Sentencia. Respecto de la acusación de negativa de venta, Netline imputa la comisión de esta conducta sólo a Entel y Telefónica;

Quinto: Que Netline solicita también que este Tribunal obligue a las demandadas a ofrecer a todos los OMV el precio más bajo ofrecido en el mercado minorista por los servicios de telefonía móvil y que las ofertas mayoristas garanticen un margen razonable y económicamente sustentable que ellos identifican en un 50%;

Sexto: Que a su vez, las tres demandantes imputan a las demandadas que sus ofertas de facilidades y/o reventa habrían discriminado arbitrariamente a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

OMV en relación a sus precios y otras condiciones comerciales que ofrecerían a sus clientes minoristas. En este sentido solicitan que se ordene a las demandadas a presentar ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan con lo ordenado por la Sentencia.

Séptimo: Que Claro solicitó el rechazo de las demandas, indicando que las ofertas mayoristas presentadas por ella cumplirían no sólo los requisitos exigidos por la Excm. Corte Suprema, sino que también aquellos indicados por la Fiscalía Nacional Económica en la investigación iniciada al efecto y aquellos solicitados por la Subtel en el marco de dicha investigación. Agregan que: (i) sus ofertas permitirían la operación de cualquier tipo de OMV; (ii) el análisis realizado por las demandantes, para imputar una conducta de estrangulamiento de márgenes, utilizaría supuestos errados o no seguirían los estándares exigidos por la jurisprudencia internacional; (iii) los precios contenidos en sus ofertas permitirían a cualquier OMV obtener márgenes positivos y que, en cualquier caso, no es un procedimiento infraccional como el de autos el adecuado para establecer una regulación de precios; y (iv) no es comparable la relación comercial que tiene Claro con clientes minoristas con aquella que tiene con OMV. Luego, Claro opone la excepción de falta de legitimación activa de las demandantes indicando que solo la FNE tiene legitimación para velar por el cumplimiento de la Sentencia, en conformidad con el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211;

Octavo: Que, por su parte Entel, también solicitó el rechazo de las demandas indicando que la única conducta efectivamente imputada sería el incumplimiento de la obligación de presentar ofertas mayoristas establecida en la Sentencia, señalando que esta obligación no supone un deber de negociar estas ofertas con sus competidores, sino que de presentarlas, lo que habría realizado oportunamente y de buena fe. Además, respecto de Telcomax, opone una doble excepción de prescripción: (i) de la acción de incumplimiento deducida por ésta; y (ii) de las conductas distintas al incumplimiento de la Sentencia anteriores al 2 de marzo de 2012;

Noveno: Que Telefónica, al contestar las demandas, también solicita el rechazo de todas ellas, indicando que sus ofertas cumplirían con todos los requisitos impuestos en la Sentencia y que en los hechos no se configurarían los requisitos establecidos por la doctrina o jurisprudencia respecto de las otras conductas que se denuncian. Además, opone las siguientes excepciones de forma: (i) incompetencia absoluta de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; (ii) cosa juzgada, respecto de las demandas de Netline y OPS, por cuanto las conductas denunciadas serían las mismas que aquellas que dieron

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

origen a la Sentencia; e (iii) improcedencia de las acciones entabladas por las demandantes, en el sentido que éstas no deben ser conocidas en un proceso declarativo sino en un procedimiento de ejecución de la obligación impuesta en la Sentencia. A su vez, y de forma subsidiaria a sus alegaciones y excepciones antes mencionadas, opone excepción de prescripción de la acción de cumplimiento deducida por las demandantes;

Décimo: Que del análisis de las demandas y contestaciones de autos, es posible deducir 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 de que las demandadas no habrían dado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia. En efecto, Netline solicita en la primera página de su demanda que este Tribunal “*declare que éstas [las demandadas] han incumplido la sentencia de 23 de diciembre de 2011 y han infringido el artículo 3 del DL 211 [...] creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que consisten en la negativa de entrega de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Excma. Corte Suprema [...] y 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 ofrecidos por las mismas a sus propios clientes...*” (fs. 93). A su vez, tanto OPS como Telcomax indican en sus demandas que “*las demandadas no han cumplido con lo ordenado por el máximo Tribunal del país ya que [...] éstas han retardado injustificadamente su respuesta o han presentado ofertas que hasta la fecha no se ajustan a los criterios de racionalidad económica exigidos por la Excma. Corte Suprema, impidiendo de ese modo la entrada al mercado de la telefonía móvil*” (fs. 531 y 6.067 respectivamente);

Undécimo: Que, por tanto, las demandas de autos son demandas de incumplimiento de una medida establecida en un procedimiento contencioso de libre competencia. De acuerdo a los términos que se utilizan, esta imputación se efectúa de manera individual a cada una de las demandadas, no de manera colectiva. Los incumplimientos que las demandantes imputan a Claro, Entel y Movistar consistirían en que las ofertas presentadas por estas empresas a partir de abril de 2012, no cumplirían con el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema al ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Duodécimo: Que en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en el incumplimiento imputado y si éste constituye una infracción a la libre competencia, serán resueltas la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Claro; la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

excepción de cosa juzgada opuesta por Telefónica contra las demandas de Netline y OPS; las excepciones de incompetencia y de improcedencia de la acción opuestas por Telefónica contra las tres demandantes; y las excepciones de prescripción opuestas por Entel y Telefónica;

Decimotercero: Que Claro funda su excepción de falta de legitimación activa en que la FNE es la única legitimada para velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia, lo que sería concordante con lo resuelto por este Tribunal el 10 de julio de 2012 en el expediente Rol 139-07 y lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211;

Decimocuarto: Que, como se señaló en la parte expositiva de esta sentencia y en las consideraciones décima y undécima, las demandantes imputan a las demandadas el incumplimiento de la medida ordenada en la Sentencia, por cuanto las demandadas no habrían entregado una oferta de facilidades o de reventa de planes sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios;

Decimoquinto: Que de acuerdo con lo establecido en la Sentencia N° 147/2015, el incumplimiento de medidas establecidas en sede de libre competencia constituye una infracción respecto de la cual procede la acción regulada al efecto en el artículo 18 N°1 D.L. N° 211;

Decimosexto: Que, en este orden de ideas, el D.L. N° 211 no ha conferido el monopolio de la acción en los procedimientos contenciosos a la Fiscalía Nacional Económica. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el número 1) del artículo 18 y en el artículo 20 inciso segundo del citado cuerpo legal, este tipo de procedimientos no sólo se puede iniciar por requerimiento de la FNE, sino también por demanda de algún particular el que debe tener un interés legítimo en el asunto. Al respecto, la Sentencia N° 98/2010 señala que el demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al D.L. N° 211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el o los mercados afectados. Por último, la sentencia de 20 de abril de 2016 dictada por la Excma. Corte Suprema en autos rol 11.363-2015, consideró que las asociaciones de consumidores legalmente constituidas tienen legitimación activa cuando actúan en representación del interés de los consumidores afectados por una eventual conducta anticompetitiva;

Decimoséptimo: Que las tres demandantes de autos tienen concesiones de servicio de telefonía móvil entregadas por la autoridad sectorial para operar como OMV, por lo que tienen un interés legítimo y, en consecuencia, se encuentran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

legitimadas activamente para demandar a las demandadas por los hechos señalados en las respectivas demandas;

Decimoctavo: Que, por lo expuesto, este Tribunal rechazará la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Claro respecto de las tres demandas de autos;

Decimonoveno: Que Telefónica, por su parte, opone una excepción de cosa juzgada fundada en que los hechos denunciados por OPS y Netline ya habrían sido resueltos por este Tribunal en su Sentencia N° 104/2010 y por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia;

Vigésimo: Que de la lectura del requerimiento de la FNE que dio origen al procedimiento contencioso rol 139-07, es posible advertir que los hechos imputados en dicho requerimiento son distintos de aquellos que fueron demandados en estos autos. En efecto, pese a que en el requerimiento de la FNE también se acusaba a las mismas demandadas de una negativa de venta, dicha acusación se refería a hechos ocurridos en los años 2006 y 2007, es decir, anteriores a las conductas que en estos autos se imputan a las demandadas, por lo que no cabe sino concluir que se trata de hechos diferentes y no resueltos en esta sede;

Vigésimo primero: Que, por lo expuesto, este Tribunal rechazará la excepción de cosa juzgada opuesta por Telefónica;

Vigésimo segundo: Que, por otra parte, Telefónica también opone una excepción de improcedencia de la acción, fundada en que la forma de cumplir con lo preceptuado por la Excma. Corte Suprema debiese ser conocido en un procedimiento de cumplimiento forzado de la Sentencia, atendida la indeterminación de la obligación impuesta en la Sentencia. Al respecto, se debe tener presente que esta defensa ya fue alegada por esta demandada como una excepción dilatoria de corrección del procedimiento, la que fue rechazada por este Tribunal por resolución de 8 de abril de 2014. En dicha oportunidad se señaló que la acción por incumplimiento de la Sentencia debía perseguirse en un procedimiento contencioso atendido que las demandas imputarían conductas que podrían constituir infracciones a las normas sobre defensa de la libre competencia y que la determinación de un eventual incumplimiento a la Sentencia implicaría calificar si los términos de las ofertas se adecúan a las exigencias impuestas en dicha Sentencia;

Vigésimo tercero: Que, por lo expuesto, este Tribunal rechazará la excepción de improcedencia de la acción opuesta por Telefónica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo cuarto: Que en relación con las excepciones de prescripción opuestas por Telefónica a fojas 811 y 6.335, y por Entel a fojas 6.312, se debe tener presente que la Sentencia impuso a las demandadas una medida de las que señala el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 consistente en la obligación de *“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”*;

Vigésimo quinto: Que, por su parte, el artículo 20 inciso quinto del D.L. N° 211, vigente a la época de la presentación de las demandas de autos, establece que las medidas preventivas, correctivas o sancionatorias que pueden disponerse en virtud de lo dispuesto en el artículo tercero del mismo cuerpo legal, prescriben en el plazo de dos años contados desde que la sentencia definitiva que las impone se encuentra firme;

Vigésimo sexto: Que, en consecuencia, para que opere la prescripción de esta medida es necesario que haya transcurrido dicho plazo y que la prescripción no haya sido interrumpida natural o civilmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2518 del Código Civil;

Vigésimo séptimo: Que, en cuanto al transcurso del plazo, si bien el artículo 20 del D.L. N°211 disponía que éste comenzaba a contarse desde que la sentencia que impone la medida se encontrase firme, dicha norma debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.514 del Código Civil, que señala que el plazo de prescripción extintiva no puede sino contarse desde que la obligación se hizo exigible. En efecto, tal como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, el titular del derecho o acreedor *“debe estar en condiciones de interrumpir el plazo de prescripción, no pudiendo comenzar a computarse el término de ésta [sino] desde que es posible ejercerse válidamente el derecho o acción, pues no puede exigirse algo antes que pueda emplearse, ni sancionarse la inacción en tales circunstancias”* (Sentencia del 22 de octubre de 2012, considerando séptimo, Rol 3318-2012). Atendido que la obligación se hizo exigible 90 días después desde que la Sentencia quedó ejecutoriada, esto es, el 16 de abril de 2012, es a partir de esa fecha desde cuándo debe analizarse el transcurso del plazo de dos años sin que haya operado la interrupción de la prescripción;

Vigésimo octavo: Que la interrupción natural de una acción ocurre cuando el deudor de una obligación la reconoce de forma expresa o tácita. De acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, la obligación impuesta por la Sentencia a las demandadas ha sido reconocida por ellas dentro de los dos años contados desde que dicha obligación se hizo exigible;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo noveno: Que, en efecto, de acuerdo con la prueba documental exhibida por Entel a fojas 3.713 y 4.280, por Telefónica a fojas 4.166 y 4.960 y por Claro a fojas 4.275 y 4.969 y al expediente de investigación de la FNE acompañado a fojas 2.724, tanto Telefónica como Entel y Claro han reconocido su obligación de presentar ofertas mayoristas en diversas oportunidades a partir de abril de 2012 y hasta por lo menos abril de 2014. Es más, la principal alegación de cada una de las demandadas es precisamente que han dado cumplimiento a dicha obligación mediante la presentación de ofertas mayoristas, las que también están acompañadas en autos;

Trigésimo: Que, en consecuencia, se dan en las especie los presupuestos de hecho necesarios para que opere la interrupción natural de la prescripción de la medida impuesta por la Sentencia, por lo cual no se analizará si además ha operado la interrupción civil de la prescripción alegada en este sentido, por ser ello innecesario;

Trigésimo primero: Que en cuanto a la segunda excepción de prescripción opuesta por Entel a fojas 6.312, esta demandada sostiene que se encontrarían prescritas las alegaciones efectuadas por Telcomax que se refieran a hechos anteriores al 2 de marzo de 2012, distintos del incumplimiento de la Sentencia. Fundamenta su excepción en la norma del D.L. N°211 que establece que el plazo de prescripción de las acciones reguladas en dicho cuerpo legal, que no se refieren a acuerdos entre competidores, es de tres años contados desde la ejecución de la conducta.

Trigésimo segundo: Que, para estos efectos, este Tribunal ha entendido que las conductas infraccionales que se efectúan en un momento determinado del tiempo se entienden cometidas en dicho instante, sin perjuicio de que sus efectos se prolonguen en el tiempo (Sentencia 126/2012). Las acusaciones contenidas en la demanda de Telcomax se refieren a hechos a partir de las ofertas presentadas por Claro en abril de 2014; por Entel en julio de 2014 y por Telefónica en enero de 2014;

Trigésimo tercero: Que la última notificación de la demandada interpuesta por Telcomax fue el cuatro de marzo de 2015 y, en consecuencia, ha operado la interrupción civil de la prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 20 del D.L. N° 211;

Trigésimo cuarto: Que por consiguiente, se rechazarán las excepciones de prescripción opuesta por Telefónica a fojas 811 y 6.335 y por Entel a fojas 6.312;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo quinto: Que, como se ha señalado en las consideraciones décima y undécima, 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;

Trigésimo sexto: Que para determinar si las demandadas incumplieron la Sentencia, a continuación se analizará (i) el contexto en el que la Excma. Corte Suprema estableció la obligación de presentar ofertas mayoristas a las demandadas; (ii) el alcance de dicha obligación; y (iii) si las ofertas demandadas en autos cumplieron con lo ordenado por la Sentencia. En caso que el Tribunal llegue a la convicción de que existió incumplimiento por parte de alguna de las demandadas, será necesario analizar si dicho incumplimiento fue o no culpable;

Trigésimo séptimo: Que el proceso que dio lugar a la Sentencia se inició por requerimiento del Fiscal Nacional Económico presentado con fecha 14 de agosto de 2007 en contra de Telefónica, Entel y Claro, dando origen al procedimiento contencioso Rol C N° 139-07. En dicho requerimiento la Fiscalía acusó a estas empresas haber ejecutado conductas exclusorias consistentes en: (i) el ejercicio abusivo de acciones con el objeto de oponerse al otorgamiento de concesiones de servicio público telefónico móvil por terceros; y (ii) la negativa injustificada de efectuar ofertas de facilidades a los OMV. Respecto a la primera de las conductas requeridas, tanto este Tribunal como la Excelentísima Corte Suprema la rechazaron ya que no se acreditaron en la especie los requisitos necesarios para su configuración. En cuanto a la segunda de las conductas denunciadas, la Corte Suprema en proceso Rol 7781-2010, conociendo de un recurso de reclamación, estableció que en los hechos se había configurado una negativa de venta porque ninguna de las requeridas de ese entonces había formulado condiciones comerciales claras y económicamente razonables conducentes a la celebración de un contrato de facilidades. Agrega que dicha negativa produjo el efecto de evitar el ingreso al mercado por parte de los OMV (considerandos séptimo y décimo). En virtud de lo anterior, la Excma. Corte Suprema sancionó a cada una de las requeridas con una multa de 3.000 UTA 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”*;

Trigésimo octavo: Que el 21 de abril de 2012, Entel solicitó a este Tribunal que tuviera presente el cumplimiento de lo ordenado en la misma, para lo cual acompañó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una copia de su oferta al procedimiento Rol 139-07. Posteriormente, los días 27 de abril de 2012 y 4 de mayo de 2012, Telefónica y Claro también acompañaron a dicho proceso copias de sus ofertas. Por último, la FNE acompañó un informe en esos autos, en el que analizó las ofertas presentadas y se pronunció sobre los requisitos que debían cumplir las ofertas mayoristas que debían presentar las demandadas de autos;

Trigésimo noveno: Que el 28 de junio de 2012, este Tribunal resolvió no darle tramitación incidental a los escritos presentados por las requeridas, decisión que ratificó en resolución de 10 de julio de 2012, por cuanto no procedía iniciar un procedimiento de cumplimiento de la Sentencia promovido por una parte obligada por ésta;

Cuadragésimo: Que como consta del expediente de investigación de la FNE acompañado a fojas 2.724 de autos, las demandadas presentaron a la FNE al menos tres ofertas de facilidades y/o reventa de planes;

Cuadragésimo primero: Que Claro presentó ofertas en abril de 2012, en junio de 2013 y en abril de 2014. La oferta de junio de 2013 disminuyó el cargo por habilitación de servicios y el precio cobrado por minuto de voz, SMS, y transferencia de datos respecto de la de abril de 2012. La oferta 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;

Cuadragésimo segundo: Que Entel, por su parte, presentó ofertas de facilidades en abril y diciembre de 2012, otra en septiembre de 2013 y una última oferta en abril de 2014. La tercera oferta de septiembre de 2013 redujo los cargos por activación del servicio, los precios por servicios de voz y datos, flexibilizando este último. La cuarta oferta solo incluyó una modificación en los cargos de acceso de acuerdo al nuevo decreto tarifario;

Cuadragésimo tercero: Que, por último, Telefónica presentó sus ofertas en abril de 2012, en agosto y diciembre de 2013 y en abril de 2014. La oferta de diciembre de 2013 presenta un menor cargo por activación de servicios con respecto a la de abril de 2012 y menores precios por servicios de voz, SMS y datos. Además, se flexibiliza la forma de cumplir con la facturación mínima e incluye una cláusula de nación más favorecida. La cuarta oferta sólo actualiza los precios de minutos de voz de entrada con los nuevos cargos de acceso. Por último, de acuerdo al documento exhibido a fojas 6.850, consta en el expediente que Telefónica mejoró las condiciones de esta última oferta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo cuarto: Que el 5 de junio de 2014, con posterioridad al inicio de este procedimiento, la FNE archivó su investigación, concluyendo que del análisis de las últimas ofertas presentadas por las demandadas (la de Telefónica del 9 de abril de 2014, la de Entel del 28 de abril 2014 y la de Claro del 30 de abril de 2014) era posible concluir que todas ellas *“permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado”* (Informe de Archivo de la investigación Rol 2078-12, acompañado a acompañado a fojas 4.692, pg. 13);

Cuadragésimo quinto: Que habiéndose descrito el contexto en el que se desarrolla la actual controversia, corresponde evaluar si en los hechos las demandadas han dado cumplimiento a la medida establecida en la Sentencia;

Cuadragésimo sexto: Que, al respecto, este Tribunal ha señalado (Sentencia N° 147/2015) que el proceso contencioso por incumplimiento de condiciones o medidas tiene dos objetos: (i) verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas por este Tribunal; y, (ii) determinar la culpabilidad del agente económico en la infracción al D.L. N° 211. Asimismo, en dicha sentencia se estableció que para que el incumplimiento de una medida sea culpable y, en consecuencia, sancionable, el sujeto obligado debe tener la capacidad o posibilidad efectiva de cumplirla;

Cuadragésimo séptimo: Que antes de analizar el cumplimiento de la Sentencia por parte de las demandadas, corresponde primero determinar cuál es el sentido y alcance de la orden impartida por la Excm. Corte Suprema. Al respecto, la medida impuesta en la Sentencia se compone de dos elementos; el primero, la orden de efectuar ofertas de facilidades y/o reventa; y el segundo, las características que estas ofertas debían cumplir para alcanzar los objetivos buscados por la Excm. Corte Suprema;

Cuadragésimo octavo: Que respecto de la necesidad de efectuar ofertas de facilidades y/o reventa, este Tribunal entiende que la expresión “y/o” establece la *“posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa de dos opciones”* (Diccionario panhispánico de dudas de la RAE). En consecuencia, las obligadas por la Sentencia tienen la opción de elegir entre hacer una oferta de facilidades (i.e. una oferta para el uso de la infraestructura de red en términos amplios); o hacer una oferta de reventa de planes (i.e. una oferta de todos o algunos de los planes más relevantes para la compañía, con un descuento mayorista); o bien, hacer ambas. Por lo tanto, las demandadas no están obligadas por la Sentencia a hacer ambos tipos de ofertas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo noveno: Que para determinar las características que deben cumplir las ofertas mayoristas que debían realizar las demandadas, se debe tener en consideración el objetivo buscado por la Excm. Corte Suprema al momento de establecer la medida, que fue fomentar la competencia en el mercado de la telefonía móvil, permitiendo que los destinatarios de las ofertas mayoristas –los OMV– puedan entrar al mercado minorista. Por esto, a continuación se analiza la industria en la que se desarrollan los OMV y en la que incide el incumplimiento denunciado en autos;

Quincuagésimo: Que tanto las demandantes como las demandadas han indicado a través de este proceso que el mercado afectado en autos se trataría, en términos generales, de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil en Chile, en concordancia con la jurisprudencia de este Tribunal (Resolución N° 2/2005 y Sentencia N° 104/2010), aunque con diversos matices que se detallan a continuación;

Quincuagésimo primero: Que la demanda de OPS, además del mercado antes descrito, señala que las acciones de las demandadas tendrían efecto en un mercado “*secundario o accesorio, que comprende los aparatos o terminales telefónicos móviles, que son un bien durable para la utilización de los servicios*” (fojas 193). Esta definición es compartida por Telcomax, quien reproduce casi íntegramente la definición de mercado realizada por OPS en su demanda. Netline, por su parte, incluye en los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil “*los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales para telefonía móvil*” (fojas 117), sin distinguir, como lo hace OPS, la oferta de terminales como un mercado aparte;

Quincuagésimo segundo: Que Claro, en su contestación, señala que la controversia materia de autos involucra dos mercados, uno definido del mismo modo que el descrito en la consideración quincuagésima y otro que describe como el de “*los 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*”. Además, controvierte la necesidad de incluir un mercado para los terminales de telefonía móvil, por considerar que ninguno de los hechos imputados en las demandas lo involucran, agregando que dicho mercado sería altamente competitivo;

Quincuagésimo tercero: Que Telefónica, por su parte, contesta las demandas de Netline y OPS señalando que los mercados en que participan las partes de autos serían uno 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*”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

móvil, y otro minorista, en que se provee de servicios de telefonía móvil a clientes finales de todo tipo. Del mismo modo, divide este último mercado en diversos submercados, dependiendo del tipo de contrato (prepago o postpago) o el tipo de cliente (personas naturales o empresas);

Quincuagésimo cuarto: Que, por último, Entel contesta las demandas de autos indicando que el mercado afectado es el de las telecomunicaciones, pero centrando su análisis de dominancia en lo que llama el “*segmento móvil de las telecomunicaciones*”, que es, en esencia, el mismo mercado que ha definido este Tribunal en la Resolución N° 2/2005 y en la Sentencia N° 104/2010, antes citadas;

Quincuagésimo quinto: Que en consecuencia, atendido que lo demandado es el incumplimiento de la Sentencia, que impediría a las demandantes el ingreso a la industria como proveedores de servicios móviles, debe acotarse el mercado al de las comunicaciones móviles, sin considerar los servicios de telecomunicaciones provistos por redes fijas, en concordancia con lo señalado por todas las partes en este procedimiento y con lo establecido por este Tribunal;

Quincuagésimo sexto: Que sin embargo, y tal como se ha señalado en casos anteriores (Sentencias N°s 153/16 y 154/16), la industria de las comunicaciones móviles ha experimentado diversos cambios regulatorios en los últimos años que permiten distinguir, dentro de ella, la existencia de dos mercados que satisfacen necesidades de dos tipos diferenciados de clientes: los mercados mayorista (aguas arriba) y minorista (aguas abajo) de servicios de telecomunicaciones móviles;

Quincuagésimo séptimo: Que en el mercado mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles (el “mercado mayorista”) los OMR funcionan como proveedores de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, los que son utilizados por los OMV para poder competir en el mercado minorista. El mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales (el “mercado minorista”) es aquel en el que participan diversos OMR y OMV como oferentes de dichos servicios;

Quincuagésimo octavo: Que en cuanto al mercado minorista, si bien Telefónica señala que éste puede diferenciarse entre los segmentos de empresas y personas naturales (fojas 836), no existe evidencia en este proceso que permita concluir que se trata de mercados distintos. Más aún, no concierne a la disputa de autos la diferenciación entre submercados o segmentos del mercado minorista, toda vez que las ofertas mayoristas efectuadas por las demandadas deben cumplir con el estándar de permitir a los OMV ingresar al mercado minorista en términos generales, y no necesariamente asegurar la rentabilidad en segmentos específicos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del mismo. En este sentido el informe de archivo de la FNE también entiende que la obligación impuesta por la Sentencia es “*permitir el ingreso a la generalidad del mercado*” (Informe de archivo de la investigación N°2078-12 acompañada a fojas 4.692). Por lo tanto, este Tribunal considerará que el mercado minorista no puede ser diferenciado por tipos de cliente, como ha sido planteado por Telefónica a fojas 836;

Quincuagésimo noveno: Que, por último, cabe referirse al mercado de los terminales, que ha sido considerado como parte del mercado de la telefonía móvil por algunas demandantes y como un mercado separado pero conexo al de la telefonía móvil, por otros demandantes. Al respecto, este Tribunal ya analizó el mercado de los terminales de telefonía móvil en la Sentencia N° 131/2013. En dicha oportunidad se definió este mercado de forma independiente al mercado de la telefonía móvil, concluyendo que este mercado presenta un gran dinamismo en sus avances tecnológicos. En este orden de ideas, la FNE señaló que el mercado de venta minorista de terminales móviles es complementario al mercado de servicios de telecomunicaciones móviles (Informe de archivo de la Investigación Rol N° 2307-14, párrafo 20). De este modo, y no existiendo información en estos autos que permita formarse una opinión en contrario, el mercado de terminales móviles es distinto a aquel en que se produce el incumplimiento de la Sentencia;

Sexagésimo: Que atendido lo señalado en los considerandos anteriores, existen dos mercados, relacionados entre sí, en los que inciden las conductas denunciadas en autos: el mercado mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles, donde los OMR proveen de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, y que son utilizadas por los OMV para poder ingresar al mercado minorista; y el mercado de venta minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales, donde actúan como oferentes tanto los OMR como los OMV;

Sexagésimo primero: Que respecto de las condiciones de entrada a los mercados antes definidos, las demandantes han señalado, en términos generales, que serían barreras a la entrada al mercado mayorista la necesidad de contar con espectro radioeléctrico y las inversiones específicas para formar una red de telecomunicaciones –tanto en infraestructura como en terrenos aptos para instalar la misma–;

Sexagésimo segundo: Que en cuanto al mercado minorista, las demandantes señalan que los eventuales comportamientos estratégicos de las demandadas para intentar impedir el acceso de nuevos participantes al mercado serían barreras a la entrada al mercado. Sin embargo, reconocen que esta no es una condición

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estructural del mercado, sino una acusación sobre una práctica anticompetitiva –la imposición de barreras estratégicas a la entrada–. Por este motivo, no se analizará tal acusación en esta sección descriptiva, sino en las consideraciones que analizan el eventual incumplimiento de la Sentencia;

Sexagésimo tercero: Por último, indican como una barrera a la entrada a ambos mercados –mayorista y minorista– los costos de cambio que enfrentan los consumidores de los servicios de telefonía móvil ofertados;

Sexagésimo cuarto: Que, para participar como oferente en el mercado mayorista resulta necesario adjudicarse al menos una concesión del espectro radioeléctrico o, eventualmente, comprarlo en un mercado secundario de espectro, en caso de existir. A su vez, en las licitaciones de espectro se establecen requisitos mínimos de infraestructura que son necesarios –aunque no siempre suficientes– para desplegar una red de telecomunicaciones. Estas inversiones son costos que debe asumir quien quiera ingresar a este mercado. Adicionalmente, los nuevos inversionistas deben encontrar terrenos aptos para desplegar la infraestructura física, lo que puede ser una limitante para el ingreso de nuevos competidores y significar una desventaja respecto de las firmas incumbentes, sin perjuicio de que eventualmente podrían ingresar a través de la colocalización de antenas obligatoria regulada en la ley N° 20.599. Todas estas circunstancias condicionan al menos la oportunidad de la entrada de competidores en el mercado mayorista, por lo que las empresas incumbentes tienen algún grado de poder de mercado en el mismo;

Sexagésimo quinto: Que respecto de la necesidad de contar con espectro radioeléctrico en el mercado minorista, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia reciente (sentencias N°s 153/16 y 154/16) que, si bien éste es un insumo indispensable para dar el servicio de telefonía móvil y así participar del mercado minorista, no es necesario ser propietario del mismo y adjudicárselo a través de las licitaciones efectuadas por la Subtel, pues existe la posibilidad de contratarlo a los OMR, conjuntamente con los elementos esenciales de la red desplegada, operando como OMV. De este modo, la titularidad o adjudicación de concesiones de espectro radioeléctrico no se puede considerar como una barrera a la entrada al mercado minorista;

Sexagésimo sexto: Que lo anterior se confirma por la existencia de diversas empresas de telefonía móvil –identificadas en el cuadro N° 1– que participan en el mercado minorista sin tener concesiones del espectro radioeléctrico. Asimismo, otras empresas que tienen concesiones del espectro, como WOM (ex Nextel) y VTR han contratado con diversos OMR para ampliar la cobertura de sus redes, no existiendo impedimento para que potenciales entrantes sigan una estrategia similar;

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cuadro N°1:

Resumen de portabilidad acumulada desde la fecha de inicio del sistema al 31 de diciembre de 2013 (año previo a la notificación de las demandas), por empresa.

	Telestar	Netline	Nextel	Movistar	Telsur	Mobilink	Claro	Entel	VTR	Virgin	Falabella	Total
Telestar												0
Netline				4	1		26	10	2	66		109
Nextel	3	18		1.983	1		3.133	3.036	86	468	8	8.736
Movistar	112	214	7.034		800	30	280.472	272.111	7.906	26.718	250	595.647
Telsur	1	1	10	124			101	183	10	13	1	444
Mobilink												0
Claro	124	215	7.059	161.572	739	14		176.013	4.644	24.933	201	375.514
Entel	134	385	9.133	233.414	777	71	259.790		8.250	38.131	386	550.471
VTR	3	3	266	4.078	8		2.594	2.618		649	13	10.232
Virgin	18	29	340	5.310	13		4.679	5.387	126		99	16.001
Falabella	1		2	49			35	17	2	36		142
Total	396	865	23.844	406.534	2.339	115	550.830	459.375	21.026	91.014	958	1.557.296
Total	0	109	8.736	595.647	444	0	375.514	550.471	10.232	16.001	142	
Neto	396	756	15.108	-189.113	1.895	115	175.316	-91.096	10.794	75.013	816	

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de www.portabilidadnumerica.cl

Sexagésimo séptimo: Que, por último, deben analizarse los costos de cambio en los mercados concernidos, pues pueden dificultar la entrada de nuevos competidores al mercado, independientemente de su justificación económica o legal;

Sexagésimo octavo: Que, de acuerdo con los contratos acompañados en autos (fojas 1.724, 3.147, 3.166, 3.428, 4.829, 4.895, 5.374, 6.895, 8.186), en el mercado mayorista se establecen cláusulas de vigencia mínima y pagos o condiciones en caso de salida anticipada, con el fin de proteger las inversiones realizadas por los OMR para permitir a un OMV operar sobre su red. Por ejemplo, el contrato de prestación de servicios para Operador Móvil Virtual suscrito entre Entel y Falabella Móvil, exhibido en audiencia de 13 de noviembre de 2014, tiene una duración mínima de 3 años y 6 meses de acuerdo con lo estipulado en la cláusula IV.7. A su vez, en esa misma cláusula se establece una evaluación anticipada de los perjuicios que a Entel pueda ocasionarle el término anticipado del contrato por parte de Falabella, por causales no expresamente reguladas;

Sexagésimo noveno: Que, por otra parte, en el mercado minorista los costos de cambio han disminuido en los últimos años por: (i) la entrada en vigencia de la portabilidad numérica; (ii) la eliminación de la diferenciación por red de destino; (iii) la estandarización de la numeración; y (iv) los menores cargos de acceso. Sin

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

perjuicio de lo anterior, todavía existen algunos costos de cambio en este mercado, como por ejemplo la imposibilidad de los usuarios de cambiarse más de una vez de compañía móvil dentro de 60 días y aquellos asociados a los contratos de una duración determinada o el arriendo de terminales móviles por un plazo fijo;

Septuagésimo: Que, como se indicó, la evidencia empírica muestra que, a la fecha de las demandas, los costos de cambio en el mercado minorista se habían reducido gracias a la introducción de la portabilidad numérica –recomendada por este Tribunal (Informe N°2/2009) y en aplicación desde el año 2012–, permitiendo el ingreso y crecimiento de nuevos competidores, como ilustra el cuadro N°1;

Septuagésimo primero: Que en este sentido el testigo Sr. Juan Antonio Etcheverry, gerente general de Virgin Mobile indicó que ciertas circunstancias “*generaron condiciones favorables para la entrada de nuevos operadores*”. De acuerdo con este testigo, dichas circunstancias han sido la portabilidad numérica, el desbloqueo de equipos y la normativa asociada a generar contratos u ofertas de facilidades por parte de los operadores con red, lo que habría permitido el ingreso de competidores “*que se dedican a nichos particulares de mercado y que generan competencia en esta industria en esos nichos particulares*” (fs. 4036);

Septuagésimo segundo: Que, en suma, en el mercado mayorista se observan algunas limitaciones a la entrada, como los altos costos de ingreso por inversión y la necesidad de contar con una concesión del espectro radioeléctrico, que dificultan el ingreso de nuevos competidores. Por otra parte, en el mercado minorista, si bien pueden ingresar nuevos competidores como operadores móviles virtuales, tal ingreso está supeditado a la existencia de una oferta de facilidades por parte de un OMR en condiciones económicamente razonables;

Septuagésimo tercero: Que, atendido lo analizado en las consideraciones anteriores, es posible concluir que un eventual incumplimiento como el denunciado en autos, tendría efectos en el mercado minorista al impedir o dificultar el ingreso de las demandantes, lo cual podría afectar la competencia en dicho mercado;

Septuagésimo cuarto: Que, habiéndose determinado el mercado que se vería afectado por un eventual incumplimiento de la medida establecida en la Sentencia, corresponde entonces analizar el contenido específico de la orden impartida por la Excma. Corte Suprema, esto es, la presentación de ofertas mayoristas *sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios*;

Septuagésimo quinto: Que la Sentencia no define los conceptos de uniformidad, objetividad, generalidad y no discriminación utilizados para caracterizar las ofertas mayoristas a las que obliga. Es por ello que corresponde a este Tribunal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

analizar y precisar dichos conceptos en relación con la libre competencia, considerando el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema al utilizar dichos conceptos;

Septuagésimo sexto: Que los conceptos señalados por la Sentencia se refieren, en general, a que las ofertas mayoristas no deben tener diferencias arbitrarias. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por uniforme debemos entender aquella situación que es igual, conforme o semejante. A su vez, la objetividad dice relación con la falta de subjetividad, en tanto que la generalidad en este sentido se refiere a algo común a muchos objetos o individuos. Finalmente, la discriminación significa dar un trato desigual a una persona o colectividad por diversos motivos;

Septuagésimo séptimo: Que, por tanto, el sentido y alcance de la medida ordenada por la Excma. Corte Suprema a las demandadas consiste en: (i) poner a disposición de quienes estuviesen interesados en ingresar al mercado minorista de la telefonía móvil, ofertas mayoristas, sean éstas de facilidades o de reventa de planes; (ii) formular las ofertas mayoristas en términos tales que permitan, en los hechos, la entrada de potenciales competidores al mercado minorista; y (iii) que estas ofertas no contengan diferencias arbitrarias;

Septuagésimo octavo: Que habiéndose determinado el alcance de la medida establecida en la Sentencia, a continuación se examinará si las ofertas objeto de las demandas dieron cumplimiento a dicha medida. Para esto, las acusaciones de negativa de venta, estrangulamiento de márgenes y discriminación anticompetitiva efectuadas por las tres demandantes contra cada una de las demandadas serán analizadas con el objeto de establecer si las ofertas presentadas por Claro, Entel y Telefónica permitían el ingreso de un OMV al mercado minorista antes definido;

Septuagésimo noveno: Que atendido que el examen que sigue está destinado a determinar si las demandadas, individualmente consideradas, han infringido lo ordenado por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia, el análisis de cada una de las conductas demandadas señaladas en la consideración anterior, no requiere seguir cada uno de los pasos que habitualmente se utilizan para determinar si un agente económico ha incurrido en una conducta unilateral anticompetitiva. Por ejemplo, para efectos del análisis que sigue (y únicamente para tales efectos), es posible soslayar la necesidad de acreditar que las firmas tengan un poder de mercado sustancial, atendida la obligatoriedad de los términos impuestos por la Sentencia. De hecho, la propia Sentencia asume tal calidad en términos “colectivos” (en su consideración octava), calidad que, sin embargo, no ha sido acusada de esa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

forma en autos. Por lo señalado, respecto de cada conducta el escrutinio no se efectúa siguiendo necesariamente el análisis tradicional;

Octogésimo: Que es posible identificar dos tipos de negativa de venta acusadas en autos. Por una parte, Netline acusa a Entel de una negativa de venta unilateral directa porque esta empresa habría condicionado la entrega de su oferta de facilidades a la firma de un acuerdo de confidencialidad. Por otra parte, OPS y Telcomax acusan a cada una de las demandadas de incurrir en negativas de venta unilateral indirectas fundadas en un retardo injustificado en la entrega de una oferta mayorista. Por último las tres demandantes imputan a las tres demandadas –con excepción de Netline a Claro– una negativa de venta unilateral fundada en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Sentencia al realizar ofertas discriminatorias y estrangular márgenes;

Octogésimo primero: Que, como se aprecia, todas estas acusaciones dicen relación con el eventual incumplimiento de las demandadas de realizar una oferta de facilidades o reventa en los términos señalados en la Sentencia. En efecto, atendido que la obligación impuesta en la Sentencia es una obligación de hacer (presentar una oferta de facilidades o reventa de planes bajo determinadas condiciones), cualquiera sea el tipo de negativa a realizar tales ofertas constituye, jurídicamente, un incumplimiento de dicha obligación. Por consiguiente, las acusaciones descritas en la consideración precedente deben ser analizadas como cualquier imputación de incumplimiento de una sentencia;

Octogésimo segundo: Que en cuanto a la primera acusación, efectuada por Netline contra Entel, acusándola de que esta última le habría exigido la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, esta demandada señala que tal exigencia estaría establecida para todos quienes estén interesados en recibir su oferta mayorista, toda vez que sus términos y condiciones serían confidenciales. Además, de acuerdo con la contestación de Entel (y de las otras dos demandadas), dicha confidencialidad habría sido solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. Lo anterior fue ratificado por el testigo Sr. Oyanedel (funcionario de la FNE a cargo de la investigación Rol 2078-12 acompañada a fojas 2.724), quien a fojas 4.136 señaló que “[l]o que se solicitó a la empresa fue que las ofertas no fueran públicas. Lo anterior se funda por cuanto, al ser este mercado oligopólico, el hecho que una empresa publicara una oferta, en su página web por ejemplo como lo hizo inicialmente Claro, podía servir como un punto focal o un punto para un acuerdo colusorio [...]”;

Octogésimo tercero: Que consta también de diversa prueba acompañada en autos (por ejemplo documentos acompañados a fojas 1.724, 2.317, 2.380, 2.421 y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8185 entre otros) que la solicitud de un acuerdo de confidencialidad previo a la entrega de ofertas de facilidades era una práctica usual de los OMR, exigida a todo aquel que quiera acceder a dichas ofertas. A mayor abundamiento, Netline ya había suscrito un acuerdo de confidencialidad con Entel, de acuerdo con lo señalado por ésta en su demanda y el documento que se encuentra acompañado a fojas 93;

Octogésimo cuarto: Que, en consecuencia, de lo anterior se desprende que Entel no se ha negado a presentar una oferta de facilidades o reventa de planes a Netline, sino que ha sujetado dicha presentación al cumplimiento de una condición, cual es, la suscripción de un acuerdo de confidencialidad. Dicha condición parece razonable atendido los antecedentes expuestos en las consideraciones anteriores. Asimismo, la propia Netline no tuvo reparos –al menos en un principio– en aceptar el acuerdo de confidencialidad solicitado por Entel;

Octogésimo quinto: Que, por lo tanto, no habiéndose configurado una negativa, no es posible concluir que ha existido un incumplimiento de la obligación de presentar ofertas de facilidades o reventa de planes establecida en la Sentencia;

Octogésimo sexto: Que en cuanto a la segunda imputación mencionada en la consideración octogésima, el retardo injustificado en la entrega de ofertas mayoristas se configura cuando se solicita la entrega de una oferta de facilidades o reventa de planes y el obligado no hace entrega de ella, sin que exista una explicación razonable para la demora. Una hipótesis distinta se configura cuando la mencionada oferta no cumple con las condiciones o expectativas del solicitante porque éste considera que la misma estrangula sus márgenes, es discriminatoria o no cumple con otras consideraciones sustantivas requeridas por él;

Octogésimo séptimo: Que no existe prueba concluyente en autos que permita acreditar que existió un retardo en la entrega de ofertas de parte de las demandadas a OPS y Telcomax;

Octogésimo octavo: Que, en efecto, tal como se señaló en la consideración cuadragésima a cuadragésima tercera, en abril de 2012, las demandadas tenían disponibles ofertas de facilidades o reventa de planes para OMV. Adicionalmente, salvo la acusación de Netline a Entel en esta materia, las demandadas entregaron al menos una oferta de facilidades o reventa de planes a cada una de las demandantes, tal como señalaron ellas mismas en sus demandas. Por último, tal como se indicó en la consideración octogésimo cuarta, la condición de suscribir un acuerdo de confidencialidad es razonable, por lo que no puede considerarse como una forma de retardar injustificadamente la entrega de una oferta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo noveno: Que, por lo demás, se desprende de autos que el retardo acusado no obedeció a la falta de entrega de una oferta mayorista por parte de las demandadas, sino que a la falta de entrega de ofertas que satisficieran los requerimientos de mejora de condiciones efectuadas por las demandantes. Así ha sido reconocido por OPS en sus observaciones a la prueba acompañadas a fojas 8.599. Lo mismo se desprende de las cartas enviadas por las demandantes a las demandadas, de las que da cuenta el expediente de investigación de la FNE acompañado a fojas 2.724, en las que reconocen haber recibido una oferta mayorista de facilidades pero indican que éstas no cumplen con lo dispuesto en la Sentencia. De esta forma, no sólo las demandantes no acreditaron una negativa en los términos imputados originalmente, sino que en los hechos, su imputación no difiere del tercer grupo mencionado en la consideración octogésima, esto es, que cada una de las demandadas incurrió en una negativa de venta unilateral fundada en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Sentencia;

Nonagésimo: Que descartadas las dos primeras imputaciones de negativa unilateral de venta, corresponde determinar si las demandadas estrangulaban los márgenes de las demandantes con sus ofertas o las discriminaron anticompetitivamente y, por esta vía, negaron la venta a las demandantes, incumpliendo la Sentencia;

Nonagésimo primero: Que respecto de la acusación de estrangulamiento de márgenes, las demandantes han señalado que las ofertas de facilidades o reventa de planes efectuadas por las demandadas, conjuntamente con los precios cobrados por éstas en el mercado minorista, no cumplirían con las condiciones impuestas por la Sentencia, porque impedirían el ingreso de nuevos OMV en el mercado de la telefonía móvil, al estrangular sus márgenes de comercialización;

Nonagésimo segundo: Que, por otra parte, las demandadas desechan esta acusación ya que consideran que sus ofertas de facilidades habrían cumplido con los requisitos establecidos en la Sentencia y las recomendaciones efectuadas por la FNE en el marco de la investigación Rol 2078-12. Por último, señalan que tales ofertas habrían permitido el ingreso de diversos OMV al mercado;

Nonagésimo tercero: Que, como se señaló en la Sentencia N° 151/2015, el estrangulamiento de márgenes requiere, para su procedencia, del cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) el proveedor de un insumo debe estar 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta (R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 372);

Nonagésimo cuarto: Que, en este orden de ideas, y de acuerdo a la descripción de la industria efectuada en las consideraciones quincuagésima a septuagésimo tercera, los OMR se encuentran integrados verticalmente, pues participan en los mercados mayorista y minorista de telefonía móvil. También, a partir de dicha descripción de la industria, se colige que los OMR necesitan acceder a las facilidades o planes de reventa que los OMR ofertan en el mercado mayorista para poder ingresar al mercado minorista. En consideración de estos hechos es que la Excm. Corte Suprema les impuso a las demandadas la obligación de efectuar ofertas mayoristas. En consecuencia, corresponde analizar en las consideraciones siguientes si los precios ofrecidos por los OMR permiten el ingreso de competidores eficientes, para determinar si existió un estrangulamiento de márgenes y, con ello, un incumplimiento de la Sentencia;

Nonagésimo quinto: Que, en primer lugar, debe determinarse qué se entiende por "*competidores o rivales eficientes*", con el fin de evaluar si las ofertas efectuadas por los OMR demandados permitían su ingreso al mercado minorista de telefonía móvil. Por una parte, puede entenderse que los competidores eficientes son aquellos que tienen, al menos, la misma eficiencia productiva que las empresas incumbentes; por otra parte, existe la visión de que, en industrias con importantes economías de escala, no puede esperarse el ingreso de empresas con la misma eficiencia productiva de las incumbentes, pues los nuevos entrantes difícilmente alcanzarán tal escala productiva en el corto plazo;

Nonagésimo sexto: Que para determinar la existencia de un estrangulamiento de márgenes se debe efectuar un test económico que dependerá de la definición de competidor eficiente. Así, las partes han presentado diversos informes económicos, en los algunos utilizan el test del competidor igualmente eficiente ("Test CIE") y, en otros, el test del competidor razonablemente eficiente ("Test CRE"). El primero evalúa si una empresa tan eficiente como el oferente integrado verticalmente podría ingresar al mercado minorista con las condiciones comerciales propuestas en la oferta mayorista. Por otra parte, el Test CRE evalúa si la oferta mayorista permite el ingreso al mercado minorista de un competidor incipiente, que no alcanza las economías de escala del oferente, pero que puede lograrlas en el mediano plazo;

Nonagésimo séptimo: Que el estándar de eficiencia que debe utilizarse para un correcto análisis de esta materia desde la perspectiva de la libre competencia es el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de un competidor al menos tan eficiente como las incumbentes. El Test CIE ha sido seguido, por lo demás, por la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia (“CEJ”) en los casos Deutsche Telekom v. Commission (Caso C-280/08 [2010] ECR I-9555) y Telefónica (Caso T-336/07 [2012] ECR II-nyr). En este último caso, la CEJ fue específica en señalar que el estándar de costos utilizado era el de los costos medios incrementales de largo plazo en el caso del sector de las telecomunicaciones. Además la CEJ aplicó el test de estrangulamiento de márgenes por medio de comparar los ingresos y los costos periodo a periodo, o bien, mediante el cálculo del valor actual neto (VAN) sobre los ingresos y costos en un determinado periodo de años;

Nonagésimo octavo: Que la utilización del Test CIE obedece a que éste permite determinar si los precios de la oferta mayorista fueron establecidos por el OMR con la finalidad de excluir a un competidor tan eficiente como él mismo o si dichos precios le permitirían establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades. Este análisis es económicamente razonable dado que, en ausencia de colusión o traspaso de información sensible de costos, los costos del OMR representan su mejor estimación de los costos de sus competidores, y además es 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 solo hecho de incrementar el número de participantes en el mercado;

Nonagésimo noveno: Que, a contrario sensu, de utilizarse el Test CRE, se podría estar protegiendo o asegurando la rentabilidad de empresas ineficientes, las que en un mercado competitivo tienden naturalmente a salir, alcanzándose un equilibrio subóptimo desde el punto de vista del bienestar social. No obstante, considerando las economías de escala presentes en esta industria, la obtención de un VAN positivo para un test de competidor razonablemente eficiente implica que un competidor igualmente eficiente que las OMR demandadas, con costos menores, tendrá un VAN incluso superior para dicha oferta de facilidades;

Centésimo: Que, con todo, antes de analizar si las ofertas permitían o no el ingreso de un competidor igualmente eficiente en el mercado minorista, se debe determinar cuáles son las ofertas que deben ser consideradas para realizar este estudio. Para estos efectos, sin perjuicio de que las demandantes cuestionan varias ofertas realizadas por las demandadas, se analizarán solo las últimas entregadas a ellas antes de la presentación de sus demandas, pues eran las vigentes a ese momento. Estas ofertas corresponden a: (i) en el caso de Netline, las ofertas de Claro de junio de 2013 y de Telefónica de julio de 2013; (ii) en el caso de OPS, las ofertas de Claro de junio de 2013, de Telefónica de agosto de 2013 y de Entel de enero y de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diciembre de 2013; y (iii) en el caso de Telcomax, las ofertas de Claro de abril de 2014, de Telefónica de enero de 2014 y de Entel de junio de 2014;

Centésimo primero: Que las demandantes han señalado que las ofertas de los OMR demandados habrían estrangulado márgenes, incumpliendo la Sentencia al impedirles el ingreso al mercado minorista de telefonía móvil, para lo cual acompañaron los informes económicos de fojas 2.566 (OPS), 5.637 (Netline) y 6.974 (Telcomax);

Centésimo segundo: Que los informes acompañados por OPS a fojas 2.566 efectúan un análisis sobre el costo que tendría para un OMV (en este caso OPS) el replicar diversos planes minoristas ofertados por esta demandada, suponiendo que el total de los servicios ofrecidos en los planes son consumidos por los clientes minoristas. Sin embargo, el informante no especifica la estructura de costos de la empresa o la demanda esperada por cada plan, información necesaria para determinar si el modelo de negocios, como un todo, es rentable en un plazo razonable con las ofertas de facilidades efectuadas por los OMR. Más aun, el haber considerado el total de los minutos de voz, mensajes y datos contenidos en cada plan sesga los resultados obtenidos por el informante, toda vez que el OMV deberá pagar sólo aquellos que son efectivamente utilizados por sus clientes, que en la práctica son menos que el total disponible por plan;

Centésimo tercero: Que, por otra parte, no se especifica en dicho informe por qué se habrían elegido los planes de las demandadas estudiados, ni por qué un OMV entrante o un competidor eficiente debiera tener tales planes en su portafolio. Así, en su declaración ante este Tribunal, el autor de dicho informe, Sr. Cobarrubias, indicó que *“le están entregando una cantidad de millones de minutos, de millones de megas y todo y verá OPS cómo los distribuye y qué planes genera”* y que tal decisión *“depende de la estrategia comercial que tenga cada una de las operadoras, o sea, 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”* (fs. 5809). De esta forma, las conclusiones a las que arriba el informante, acerca de la imposibilidad de replicar con rentabilidad positiva las ofertas realizadas por los OMR demandados en licitaciones de empresas y algunos planes de post pago, no implican que las ofertas de facilidades estudiadas no permitan el ingreso de un OMV igualmente eficiente a la generalidad del mercado minorista, toda vez que, en palabras de dicho informante *“en los planes de prepago sí tienen claramente utilidad”* (fs. 5810);

Centésimo cuarto: Que el informe acompañado a fojas 6974 por Telcomax presenta falencias similares a las encontradas en el informe analizado en las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consideraciones previas, toda vez que basa su análisis en la comparación directa de planes particulares elegidos –en palabras de su autor en su declaración en esta sede– *“absolutamente al azar [...] buscando planes que son los que más o menos le interesaban a Telcomax comercializar”* (fs. 7917). Así, el informe no considera flujos de caja en el tiempo, la evolución de la demanda por planes de la empresa, ni la estructura de costos del OMV. Tal análisis 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 ver si la compañía tiene utilidad, hay que verlo en un flujo de caja en el tiempo”*, agregando luego que *“ese análisis no está en el informe nuestro”* (fs. 7944), por lo que a juicio de este Tribunal no puede ser considerado como prueba de estrangulamiento de márgenes;

Centésimo quinto: Que el informe acompañado por Netline a fojas 5637, elaborado por su Gerente de Negocios, efectúa un análisis más adecuado para evaluar un estrangulamiento de márgenes en el caso de un competidor igualmente eficiente, aunque los resultados finales son mostrados en forma estática por cada año evaluado (2012 y 2013) y no como una valoración actualizada de los flujos de ingresos y costos en el tiempo, que es la forma correcta de determinar la factibilidad de un modelo de negocios. El informante concluye a partir del modelo que desarrolla que *“el resultado del test de estrangulamiento de márgenes a [Telefónica] arroja un margen final para cada uno de los segmentos que varía entre un -19% y un 4%”,* por lo que *“es posible establecer que [Telefónica] ha estrangulado o comprimido el margen del OMV Netline en el período en estudio, incumpliendo con ello la sentencia de 23 de diciembre de 2011, de la Corte Suprema”*;

Centésimo sexto: Que, sin embargo, la oferta de facilidades considerada por el informante no es la correcta para este caso, pues los precios por minuto de voz y por megabyte de datos utilizados para la modelación no se corresponden con los presentados por Telefónica a Netline en su oferta de julio de 2013 (que es la que debía haberse usado, según se ha señalado en la consideración centésima). En efecto, al considerar los precios contenidos en esta última oferta en el mismo modelo desarrollado por el informante y manteniendo las mismas estimaciones y asignaciones de costos, los márgenes son positivos para todos los casos considerados, llegando hasta el 12%, salvo en el caso de prepago para el año 2013, en cuyo caso se obtiene un margen negativo de 4%. De este modo, considerando la oferta de facilidades correcta, un OMV igualmente eficiente podría ingresar con márgenes positivos a los segmentos que el informante define como “contrato” y sus subsegmentos “comercial” y “residencial”, así como a la generalidad del mercado de telefonía móvil, por lo que no puede establecerse que hubiera existido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estrangulamiento de márgenes por parte de Telefónica. Por su parte, en lo que respecta al retorno mínimo de 9,2% que establece el informe, no existe información en éste que respalde dicha cifra, aunque ésta corresponde a la tasa de descuento utilizada por la Subtel en su último proceso tarifario, como indica el informe acompañado a fojas 4890 (específicamente, a fojas 4852). Sin embargo, incluso de ser utilizarse el 9,2%, existen segmentos en los que el retorno es superior. Por último, en relación a las otras dos demandadas, el informe no realiza estimaciones, por lo que tampoco puede acreditarse el incumplimiento de la Sentencia por haber estrangulado márgenes en sus respectivos casos;

Centésimo séptimo: Que, en conclusión, la prueba acompañada por las demandantes no cumple con los requisitos mínimos para establecer la existencia de estrangulamiento de márgenes, pues no presenta una estimación de la factibilidad económica de un modelo de negocios dadas las ofertas de facilidades efectuadas por las demandadas;

Centésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, las demandadas también acompañaron diversos informes económicos tendientes a demostrar que las ofertas de facilidades no estrangularían márgenes, permitiendo el ingreso de nuevos OMV al mercado minorista;

Centésimo noveno: Que el informe acompañado por Telefónica a fojas 4.890 analiza la situación de un competidor razonablemente eficiente, basándose en la información agregada de patrones de consumo y recargas de un cliente promedio del OMV Virgin Mobile. Sin perjuicio de que, como se ha señalado, el Test CRE no es el adecuado para analizar la conducta de estrangulamiento de márgenes, los supuestos utilizados para modelar la situación de un competidor similar a Virgin –el competidor estimado como “razonablemente eficiente” y elegido para efectuar la comparación dada la disponibilidad de datos existentes a su respecto– son razonables y permiten obtener aproximaciones adecuadas de los flujos de caja y el VAN del negocio. Al respecto, entre todos los escenarios establecidos en el informe, el que debe ser utilizado para el análisis en los casos de Netline y OPS es el 5.3.2. “Segunda oferta” (fojas 4839 y 4840), pues es el que considera la oferta de Telefónica efectuada a Netline en julio de 2013 y a OPS en agosto del mismo año, además de los cargos de acceso vigentes al momento en que las respectivas demandas fueron interpuestas. A continuación, se reproduce el Cuadro N° 2 correspondiente a dicho escenario para seis tipos de clientes de prepago;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 2:

Resultados del análisis del VAN de la segunda oferta de Telefónica para un OMV de la escala de Virgin que se centra en prepago, considerando los cargos de acceso vigentes en diciembre de 2013.

<i>Conceptos</i>	<i>Todos los planes</i>	<i>Intensivo Nro Frecuente</i>	<i>No intensivo Nro Frecuente</i>	<i>Vigencia desde 2012</i>	<i>Vigencia desde 2013</i>	<i>Vigencia desde Dic 2013</i>
Total de ingresos (sin IVA)	128.747.542,9	170.659.821,3	120.485.445,0	128.583.114,7	127.798.552,8	118.132.755,6
- Ingresos por recarga	111.839.692,1	150.444.947,1	104.229.488,3	111.704.042,5	111.219.307,9	102.542.018,1
- Ingresos por cargos de acceso de voz	16.328.965,7	19.537.325,7	15.696.520,5	16.297.515,0	15.996.201,9	14.941.685,1
- Ingresos por cargos de acceso de SMS	368.134,6	466.797,9	348.685,6	370.806,7	372.292,4	438.301,8
- Ingresos por venta de SIM	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6
Costos iniciales del negocio	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3
- Set up MVNO	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8
- Set up MVNE	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5
- Set up GRE	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1
Costos iniciales por cliente	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
- Costo tarjetas SIM	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
- Comisiones por altas	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Costos fijos mensuales	31.335.737,6	32.745.789,8	31.057.775,8	31.330.783,0	31.313.078,1	30.996.141,2
- Arriendo de oficinas	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6
- Salarios	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8
- Publicidad	10.756.668,0	12.166.720,2	10.478.706,3	10.751.713,4	10.734.008,6	10.417.071,6
- OPEX técnico	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2
Costos variables (por facturación o número de clientes)	24.223.430,2	28.161.166,2	23.447.189,4	24.209.593,9	24.160.151,0	23.275.067,4
- Comisión por recarga	8.947.175,4	12.035.595,8	8.338.359,1	8.936.323,4	8.897.544,6	8.203.361,4
- Royalty	2.460.473,2	3.309.788,8	2.293.048,7	2.457.488,9	2.446.824,8	2.255.924,4
- Atención de clientes	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
- OPEX MVNE + Transmisión	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6
- Call Center	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Costos asociados al tráfico y/o oferta de Movistar	55.393.039,3	103.723.066,2	45.822.666,9	55.809.953,5	56.302.637,6	52.348.390,2
- Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off	9.841.946,9	9.930.767,9	9.824.453,0	9.915.388,6	9.904.838,8	12.673.841,4
- Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off-ne	255.711,3	316.348,4	243.758,3	257.536,2	257.943,9	309.828,3
- Costo facturado por Movistar	45.295.381,2	93.475.949,9	35.754.455,5	45.637.028,8	46.139.854,9	39.364.720,5
Diferencia entre Ingresos y costos	17.439.550	5.674.014	19.802.028	16.876.999	15.666.901	11.157.371

(*) El número de MB traficados es ajustado (reducido al 16,4%) para reflejar los MB facturados, en base a información de diciembre de 2013.

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 33.

Centésimo décimo: Que en el caso de Telcomax, los nuevos cargos de acceso eran de conocimiento común al momento de que dicha firma interpusiera su demanda, y la oferta que debe considerarse es la tercera, por lo que el escenario que corresponde es el 5.3.1. "Tercera oferta corregida" (fojas 4838 y 4839). A continuación se presenta el cuadro correspondiente a dicha oferta y cargos de acceso;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 3:
Resultados del análisis del VAN de la oferta de Telefónica de enero de 2014 para un OMV de la escala de Virgin que se centra en prepago, considerando los cargos de acceso corregidos a tal fecha.

<i>Conceptos</i>	Todos los planes (1)	Intensivo Nro Frecuente (2)	No intensivo Nro Frecuente (3)	Vigencia desde 2012 (4)	Vigencia desde 2013 (5)	Vigencia desde Dic 2013 (6)
Total de ingresos (sin IVA)	114.947.471,0	154.148.273,4	107.219.870,5	114.809.622,8	114.279.709,0	105.505.113,9
- Ingresos por recarga	111.839.692,1	150.444.947,1	104.229.488,3	111.704.042,5	111.219.307,9	102.542.018,1
- Ingresos por cargos de acceso de voz	2.528.893,9	3.025.777,9	2.430.946,0	2.524.023,0	2.477.358,2	2.314.043,4
- Ingresos por cargos de acceso de SMS	368.134,6	466.797,9	348.685,6	370.806,7	372.292,4	438.301,8
- Ingresos por venta de SIM	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6
Costos iniciales del negocio	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3
- Set up MVNO	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8
- Set up MVNE	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5
- Set up GRE	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1
Costos iniciales por cliente	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
- Costo tarjetas SIM	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
- Comisiones por altas	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Costos fijos mensuales	31.335.737,6	32.745.789,8	31.057.775,8	31.330.783,0	31.313.078,1	30.996.141,2
- Arriendo de oficinas	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6
- Salarios	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8
- Publicidad	10.756.668,0	12.166.720,2	10.478.706,3	10.751.713,4	10.734.008,6	10.417.071,6
- OPEX técnico	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2
Costos variables (por facturación o número de clientes)	24.223.430,2	28.161.166,2	23.447.189,4	24.209.593,9	24.160.151,0	23.275.067,4
- Comisión por recarga	8.947.175,4	12.035.595,8	8.338.359,1	8.936.323,4	8.897.544,6	8.203.361,4
- Royalty	2.460.473,2	3.309.788,8	2.293.048,7	2.457.488,9	2.446.824,8	2.255.924,4
- Atención de clientes	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
- OPEX MVNE + Transmisión	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6
- Call Center	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Costos asociados al tráfico y/o oferta de Movistar	40.086.570,9	85.077.216,6	31.173.274,4	40.415.400,6	40.923.263,7	34.643.714,4
- Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off	1.524.238,5	1.537.994,4	1.521.529,2	1.535.612,6	1.533.978,7	1.962.818,7
- Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off-net	255.711,3	316.348,4	243.758,3	257.536,2	257.943,9	309.828,3
- Máximo entre costos mayoristas y mínimo facturable	38.306.621,1	83.222.873,9	29.407.986,9	38.622.251,9	39.131.341,0	32.371.067,3
Diferencia entre Ingresos y costos	18.945.947	7.808.315	21.185.846	18.498.060	17.527.431	16.234.406

(*) El número de MB traficados es ajustado (reducido al 16,4%) para reflejar los MB facturados, en base a información de diciembre de 2013.

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, tabla 15.

Centésimo undécimo: Que, como se desprende de los Cuadros N°s 2 y 3, el competidor razonablemente eficiente modelado en el informe obtiene un VAN positivo para todos los tipos de clientes considerados por los informantes, lo que significa que sería rentable para un OMV de las características de Virgin entrar al mercado con dicha oferta;

Centésimo duodécimo: Que, por otra parte, en el caso de los planes de postpago, los informantes realizan sólo un análisis marginal (no un VAN), asumiendo que los costos fijos más importantes serían cubiertos con el ingreso del OMV al segmento de prepago. De este modo, si se considera la oferta de facilidades relevante, existen algunos tramos en que los márgenes resultan negativos, mientras que en otros éstos son mayores que cero. El Cuadro N° 4, a continuación, muestra el resultado para la tercera oferta corregida en postpago (enero de 2014), que corresponde al análisis de Telcomax;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 4:
Resultados del análisis del VAN de la oferta de Telefónica de enero de 2014 para un OMV de la escala de Virgin que se centra en postpago, considerando los cargos de acceso corregidos a tal fecha.

Conceptos	Todos los planes			Contrato Puro			Híbrido		
	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio
Total de ingresos (sin IVA)	17.977	17.694	17.788	23.299	22.942	23.061	12.026	11.824	11.891
- Ingresos por cargo fijo	13.266	13.266	13.266	18.134	18.134	18.134	7.822	7.822	7.822
- Ingresos por cobros adicionales de voz	2.383	2.383	2.383	2.599	2.599	2.599	2.141	2.141	2.141
- Ingresos por cobros adicionales de datos	1.623	1.623	1.623	1.683	1.683	1.683	1.555	1.555	1.555
- Ingresos por cargos de acceso de voz	641	358	452	806	450	568	457	255	322
- Ingresos por cargos de acceso de SMS	45	45	45	57	57	57	32	32	32
- Ingresos por venta de SIM	19	19	19	19	19	19	19	19	19
Costos iniciales por cliente	510	510	510	510	510	510	510	510	510
- Costo tarjetas SIM	12	12	12	12	12	12	12	12	12
- Comisiones por altas	498	498	498	498	498	498	498	498	498
Costos variables (por facturación o número de clientes)	5.279	5.279	5.279	5.386	5.386	5.386	5.159	5.159	5.159
- Subsidio de terminales	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114
- Royalty	292	292	292	399	399	399	172	172	172
- Costo de facturación	350	350	350	350	350	350	350	350	350
- OPEX MVNE + Transmisión	789	789	789	789	789	789	789	789	789
- Atención de clientes postpago	734	734	734	734	734	734	734	734	734
Costos asociados al tráfico y/o oferta de Movistar	12.216	9.183	10.623	17.458	13.039	15.133	6.354	4.870	5.578
- Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off-net	1.043	582	736	1.566	873	1.104	459	256	323
- Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off-net	47	47	47	65	65	65	27	27	27
- Costo facturado por Movistar	11.126	8.554	9.840	15.827	12.101	13.964	5.868	4.587	5.227
Diferencia entre Ingresos y costos	-27	2.722	1.377	-55	4.007	2.032	4	1.286	645

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 19.

Centésimo decimotercero: Que, sin embargo, como se observa en el Cuadro N°5, contenido en el informe, el análisis para el caso de postpago de la Segunda Oferta considera los cargos de acceso vigentes a la fecha de elaboración del informe y no aquellos vigentes al momento en que se presentó dicha oferta, los que eran alrededor de un 272% más elevados. Por consiguiente, se trata de una estimación menos precisa de los márgenes obtenidos por el OMV razonablemente eficiente, al subestimar los cargos de acceso vigentes;

Cuadro N° 5:
Resultados del análisis del VAN de la segunda oferta de Telefónica para un OMV de la escala de Virgin que se centra en postpago, considerando los cargos de acceso corregidos a enero de 2014.

Conceptos	Todos los planes			Contrato Puro			Híbrido		
	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio	Primer tramo	Ultimo tramo	Promedio
Total de ingresos (sin IVA)	17.977	17.694	17.788	23.299	22.942	23.061	12.026	11.824	11.891
- Ingresos por cargo fijo	13.266	13.266	13.266	18.134	18.134	18.134	7.822	7.822	7.822
- Ingresos por cobros adicionales de voz	2.383	2.383	2.383	2.599	2.599	2.599	2.141	2.141	2.141
- Ingresos por cobros adicionales de datos	1.623	1.623	1.623	1.683	1.683	1.683	1.555	1.555	1.555
- Ingresos por cargos de acceso de voz	641	358	452	806	450	568	457	255	322
- Ingresos por cargos de acceso de SMS	45	45	45	57	57	57	32	32	32
- Ingresos por venta de SIM	19	19	19	19	19	19	19	19	19
Costos iniciales por cliente	510	510	510	510	510	510	510	510	510
- Costo tarjetas SIM	12	12	12	12	12	12	12	12	12
- Comisiones por altas	498	498	498	498	498	498	498	498	498
Costos variables (por facturación o número de clientes)	5.279	5.279	5.279	5.386	5.386	5.386	5.159	5.159	5.159
- Subsidio de terminales	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114
- Royalty	292	292	292	399	399	399	172	172	172
- Costo de facturación	350	350	350	350	350	350	350	350	350
- OPEX MVNE + Transmisión	789	789	789	789	789	789	789	789	789
- Atención de clientes postpago	734	734	734	734	734	734	734	734	734
Costos asociados al tráfico y/o oferta de Movistar	14.077	10.319	12.208	20.013	14.543	17.286	7.437	5.595	6.528
- Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off-net	1.043	582	736	1.566	873	1.104	459	256	323
- Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off-net	47	47	47	65	65	65	27	27	27
- Costo facturado por Movistar	12.986	9.690	11.425	18.382	13.605	16.117	6.952	5.312	6.178
Diferencia entre Ingresos y costos	-1.888	1.586	-208	-2.610	2.503	-121	-1.080	561	-306

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 18.

Centésimo decimocuarto: Que los informantes concluyen que un OMV con un desarrollo similar al de Virgin puede obtener beneficios económicos importantes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en un período relativamente breve de tiempo, si es que ingresa compitiendo en el mercado de prepago, y que potencialmente puede expandirse ofreciendo planes de postpago de manera rentable una vez que alcanza una masa crítica de clientes;

Centésimo decimoquinto: Que de este modo, la oferta de Telefónica pasaría el Test CRE –y también el Test CIE, de acuerdo con lo señalado en la consideración nonagésimo novena– por lo que cumpliría con el estándar exigido por este Tribunal en la consideración nonagésimo séptima, permitiendo el ingreso de un competidor igualmente eficiente a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil;

Centésimo decimosexto: Que, por otra parte, el informe acompañado por Entel a fojas 7.165 se basa en las condiciones comerciales de dos OMV, Falabella y Virgin, que habían ingresado al mercado minorista utilizando la infraestructura de Entel y Telefónica respectivamente, lo que corresponde a una comparación de un competidor razonablemente eficiente, test que, como se ha señalado, no es el adecuado para un análisis de estrangulamiento de márgenes;

Centésimo decimoséptimo: Que para analizar si las condiciones ofrecidas por Entel en su oferta de facilidades permitían el ingreso de un competidor como Falabella –cliente de Entel en el mercado mayorista–, el informante utilizó la oferta correspondiente al año 2014, lo que resulta correcto sólo en el caso de Telcomax. Para los casos de Netline y OPS la oferta relevante, como se ha señalado, es la efectuada por Entel en enero de 2013. Sin embargo, para el volumen de tráfico estimado por el informante no existe diferencia entre ambas ofertas, por lo que los resultados del ejercicio efectuado son válidos para todas las demandas;

Centésimo decimoctavo: Que las estimaciones de costos, modelo de negocio y la proyección de demanda, se condicen con la experiencia observada en el ingreso de competidores de menor escala. Los ingresos por venta de bolsas de minutos y planes se estiman de acuerdo a los precios que efectivamente cobra Falabella Móvil en el mercado, por lo que no es necesario realizar supuestos sobre los planes o bolsas que ofrecería ni los precios que cobraría un entrante hipotético, ajustando el modelo de cálculo a una realidad observable;

Centésimo decimonoveno: Que, de este modo, el informante concluye que la oferta de Entel permite que el negocio desarrollado por el OMV contratante sea económicamente factible, pudiendo obtener un margen acumulado por abonado positivo en un período relativamente corto de tiempo (ocho meses). Si bien este análisis no corresponde exactamente a la estimación de un VAN, los márgenes acumulados por cliente son una aproximación razonable a los resultados que se obtendría con dicho método. La única diferencia entre la metodología utilizada por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el informante y un ejercicio de VAN, es que en este último se descuentan los ingresos y costos por una tasa de descuento que depende del riesgo específico del negocio. Sin embargo, si se hubieran descontado los flujos a la tasa de descuento de 9,2% real anual indicada en el informe acompañado a fojas 4890, el período de tiempo necesario para recuperar la inversión habría sido el mismo, de ocho meses;

Centésimo vigésimo: Que, por último, a fojas 7.086 fue acompañado un informe económico por parte de Claro que analiza la factibilidad del negocio en el mercado minorista con su oferta de facilidades de junio de 2013, considerando un test de competidor igualmente eficiente. En dicho test, el informante realiza supuestos razonables sobre los costos relevantes y los planes que debieran considerarse (planes insignia de Claro). El principal resultado de este ejercicio es presentado en el Cuadro N°6 siguiente:

Cuadro N° 6:
Márgenes obtenidos para por la comercialización de cuatro planes “insignia” de Claro, considerando los costos de dicha empresa y las ofertas de facilidades efectuadas por Claro en junio de 2013.

Plan	Valores de Caratula			Costo según Oferta Facilidades			Total sin cargos fijos	Total con cargos fijos		Precio venta de Claro	Margen	
	Voz mins	Datos GB	SMS	Voz \$	Datos \$	SMS \$		nov-13	año 2013		nov-13	año 2013
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Multimedia 200	200	1024	100	6.600	8.294	1.070	15.964	19.420	18.720	19.319	-1%	17%
Multimedia 350	350	1229	100	11.550	9.955	1.070	22.575	26.031	25.330	25.202	-3%	10%
Cuenta exacta 14990	80	250	50	2.640	2.025	535	5.200	8.656	7.955	12.597	31%	59%
Cuenta Exacta 18990	150	250	100	4.950	2.025	1.070	8.045	11.501	10.800	15.958	28%	50%
Promedio Ponderado							16.074	19.530	18.830	20.122	3%	20%

Fuente: Informe de fojas 7.011, Cuadro N° 13.

Centésimo vigésimo primero: Así, el informante concluye que la oferta de junio de 2013 permitiría a una empresa modelo que comercializa 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. Más aún, cuando promedia estos datos para doce meses, no encuentra planes con rentabilidades negativas y, por lo tanto, concluye que no hubo estrangulamiento de márgenes. En el caso de Telcomax, la oferta de Claro que debiera considerarse es la de abril de 2014, es decir, una distinta a la analizada en el informe. Sin embargo, esta última oferta contiene condiciones iguales o mejores que las de junio de 2013,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por lo que las conclusiones del informe son plenamente aplicables al caso de Telcomax;

Centésimo vigésimo segundo: Que, por último, el informe de archivo de la Fiscalía (acompañado fojas 1470) realiza, entre otros, un Test CIE, concluyendo 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”* (página 13). Si bien para los casos de Netline y OPS la oferta que debía considerarse no era la última recibida, sino las señaladas en la consideración centésima, los resultados presentados por la Fiscalía en las Tablas N° 2 y N° 5 de su informe no varían, en lo esencial, al considerar una u otra oferta;

Centésimo vigésimo tercero: Que, en conclusión, del análisis de los informes acompañados en estos autos se puede establecer 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 OMV a la generalidad del mercado de la telefonía móvil con un margen suficiente como para mantenerse en el mercado. Así, no es posible configurar la existencia de un estrangulamiento de márgenes por parte de los OMR demandados a las OMV demandantes y, por lo tanto, no se verificó un incumplimiento de las condiciones impuestas en la Sentencia;

Centésimo vigésimo cuarto: Que, por último, corresponde examinar las imputaciones de discriminación acusadas en autos. Al respecto y en concordancia con lo hasta aquí resuelto, estas conductas deben analizarse en el marco del incumplimiento de la medida ordenada en la Sentencia y no como una conducta abusiva independiente. En este sentido y en conformidad con la consideración septuagésima séptima anterior, el examen debe versar sobre si las ofertas mayoristas denunciadas en autos contenían diferencias arbitrarias que impidieron, en los hechos, la entrada de las demandantes a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil;

Centésimo vigésimo quinto: Que se pueden distinguir dos tipos de discriminación acusados en autos; una respecto a precios y condiciones comerciales ofrecidas a clientes minoristas; y otra respecto a las condiciones comerciales ofrecidas a los mismos OMV;

Centésimo vigésimo sexto: Que respecto a una eventual discriminación con clientes minoristas, Netline señala que *“al disponer cada demandada de Ofertas Minoristas con precios más bajos que la respectiva Oferta Mayorista [...] se está discriminando a los OMV respecto de los clientes más favorecidos”* y que “[d]e la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

revisión de las ofertas minoristas de Entel PCS, Claro y Telefónica [...] y sus respectivas ofertas mayoristas de reventa o de facilidades, se advierte con plena claridad que éstas han discriminado arbitrariamente los precios respecto de los clientes minoristas” (fojas 114). OPS, por su parte, compara en diversas oportunidades las ofertas de facilidades efectuadas por las OMR demandadas con aquellas que estas últimas efectúan a sus clientes minoristas, declarando –por ejemplo– que *“las demandadas no imponen ese tipo de exigencias a sus clientes minoristas”* y que *“no cobran cargos equivalentes a sus clientes minoristas”*, de modo que se desprende de la demanda que se acusa una discriminación arbitraria respecto de los clientes minoristas. Telcomax, por último, indica que *“los precios mayoristas que intentan aplicarnos son excesivos, discriminatorios y estranguladores, respecto de los precios que ellas mismas aplican a sus clientes minoristas”*, siendo claro que la discriminación a la que se refiere es respecto de los clientes del mercado minorista;

Centésimo vigésimo séptimo: Que las demandadas contestaron en sus respectivos escritos que *“a diferencia de las OMV, que son clientes de las OMR en el mercado mayorista, los clientes empresa están en el lado de la demanda en el mercado minorista de servicios de telefonía móvil, por lo que comparar los precios ofrecidos a unos y otros resulta improcedente”* (contestación de Telefónica móviles, a fojas 853); que *“es evidente que la obligación de no discriminación no puede entenderse aplicable respecto de personas que estén en una posición jurídica y económica completamente distinta, pues en tal caso es justificable e incluso exigible un trato diferente”* (contestación de Entel a la demanda de, a fojas 772); que *“los servicios prestados a los OMV no son comparables técnicamente a aquellos prestados a los clientes minoristas”* y que *“los precios y condiciones contenidos en la [oferta] son generales para todos los OMV no entregando ventajas competitivas a unos respecto de otros”* (contestación de Claro, a fojas 744);

Centésimo vigésimo octavo: Que la doctrina internacional ha establecido que la discriminación de precios es *“la venta de diferentes unidades del mismo producto a diferenciales de precios que no corresponden a diferencias de costo”* (G. Niels, H. Jenkins y J. Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 1ª ed., 2011, p. 181);

Centésimo vigésimo noveno: Que, en este mismo sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los servicios prestados deben ser comparables en términos de costos para poder determinar si existió una discriminación arbitraria de precios o condiciones comerciales. Así, en su Sentencia N° 93/2010 este Tribunal señaló que *“[...] no siendo directamente comparables los servicios prestados en*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cada uno de los casos señalados, y dado que por sus diferentes características ellos implicaban costos esperados distintos para la empresa eléctrica, no es posible establecer si efectivamente existió o no una discriminación arbitraria en el precio cobrado” (consideración cuadragésimo séptima). Del mismo modo, en su Sentencia N° 76/2008 estableció que “[...] a pesar de que el cobro es uniforme al interior de cada categoría de clientes, resulta discriminatorio entre empresas de distintos rubros o que requieren atravesos para diferentes usos o de distinto tipo, pero que imponen costos similares” (consideración quincuagésimo primera);

Centésimo trigésimo: Que, en términos generales, los precios cobrados por los OMR a los clientes minoristas no son comparables en términos de costos con aquellos que cobran a los OMV en el mercado mayorista, toda vez que –como ya se explicó en las consideraciones quincuagésimo sexta a quincuagésimo octava– tales mercados tienen características particulares que los diferencian de manera esencial. Por ejemplo, no han sido acreditados en este proceso los costos que le irroga a los OMR dar acceso a un OMV al espectro radioeléctrico ni los costos de los servicios prestados a los clientes finales, por lo que las diferencias de precios ofertados a uno y a otro pudieren tener su explicación en costos distintos;

Centésimo trigésimo primero: Que los mercados mencionados también difieren en otras características. Por ejemplo, los OMV son clientes en el mercado mayorista, pero son oferentes en el minorista. Por esto, tampoco es posible comparar otras condiciones comerciales que los OMR ofrecen a sus clientes finales con aquellas que se ofrecen a los OMV, tales como la exigencia de boletas de garantía, la duración mínima de los contratos y los subsidios a terminales móviles;

Centésimo trigésimo segundo: Que, en cambio, sí es posible comparar, para efectos de determinar si existió una discriminación arbitraria anticompetitiva, las condiciones comerciales efectuadas a los distintos OMV. La única imputación en este sentido fue efectuada por Netline y OPS, quienes distinguen entre los OMV *light* y los OMV *full*. De acuerdo a sus respectivas demandas, los primeros deberían acceder a todas las facilidades de la red de las demandadas para poder prestar los servicios de telefonía móvil, mientras que los segundos contarían con instalaciones para prestar dichos servicios necesitando sólo algunas de las facilidades de las demandadas, entre ellas, el acceso al espectro radioeléctrico. Así, OPS señala en el párrafo 18 de su demanda que *“ha solicitado a las demandadas ofertas de facilidades para operar como OMV completo –ya que cuenta con los elementos de red requeridos, salvo el espectro radioeléctrico– [...]”*;

Centésimo trigésimo tercero: Que de esta forma, las ofertas de facilidades efectuadas por los OMR podrían resultar arbitrariamente discriminatorias si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considerasen el cobro de precios iguales por servicios que tienen costos distintos para los proveedores. Al respecto, OPS señaló que *“es evidente que el precio de un minuto de voz, por ejemplo, ofrecido al por mayor por un [OMR], debería variar dependiendo de la cantidad de facilidades o funciones que aporte el [OMR] y de las que realice el OMV por sí mismo”* (fs. 181);

Centésimo trigésimo cuarto: Que en relación a esta imputación, tanto OPS como Netline señalan que poseerían diversos elementos de red que harían necesario el cobro de un precio menor por la menor utilización de facilidades del OMR, lo que no habría sido considerado en las ofertas que les fueron enviadas;

Centésimo trigésimo quinto: Que de acuerdo al informe de la FNE acompañado en el expediente 139-06 y al expediente de investigación de la FNE acompañado a fojas 2.724, fue este mismo ente fiscalizador quien propuso a las demandadas efectuar una misma oferta de facilidades que operase como un acuerdo marco. Lo anterior, queda explícito en el informe de archivo de dicha investigación donde se señala que la FNE propuso que *“las ofertas en cuestión operasen como convenio marco, de manera que puedan ser adoptadas por cada OMV interesado, con la opción de negociar, a partir de sus términos y condiciones, las diversas particularidades técnicas y económicas propias de su contrato”*. La aplicación de dicha recomendación puede apreciarse en la prueba documental exhibida por Entel a fojas 3.713, 4.280 y 7.399; por Telefónica a fojas 4.166, 4.960 y 6.850; y por Claro a fojas 4.275, 4.969 y 7.469, que muestra que las ofertas enviadas por las demandadas a los diversos OMV interesados en una determinada época eran idénticas entre sí. A su vez, es posible advertir de los contratos de OMV acompañados en estos autos (fojas 1.724, 3.147, 3.166, 3.428, 4.829, 4.895, 5.374, 6.895, 8.186), que si bien los términos generales ofertados son los mismos para todos los OMV, existen particularidades para cada contrato que permiten adaptarse a las necesidades de cada contratante, todo en conformidad con lo propuesto por el ente fiscalizador. Lo anterior, es reforzado por lo indicado por el testigo Sr. Oyanedel a fojas 7.613, quien indica que las condiciones de objetividad, no discriminación y generalidad que señala la Sentencia y que fueron propuestas por la FNE en el proceso buscaban que las demandadas efectuara *“una oferta que cubriera la mayor cantidad de posibilidades, pero entendiendo que hay ciertas diferencias entre un modelo de OMV versus otro, las cuales deberían ser resueltas a través de un proceso de negociación entre el OMV con el operador móvil de red”*;

Centésimo trigésimo sexto: Que la recomendación efectuada por la FNE se condice con la exigencia de generalidad de las ofertas efectuada por la Excma. Corte Suprema. En otras palabras, es posible interpretar que con dicha exigencia lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

buscado es que las ofertas estén dirigidas a todos los tipos de OMV, sin perjuicio de que la negociación particular con cada uno de ellos pueda llevar a la necesidad de establecer determinadas condiciones específicas, atendida, por ejemplo, la infraestructura con la que dicho OMV cuenta;

Centésimo trigésimo séptimo: Que, en el caso concreto, los elementos de red que las demandantes OPS y Netline señalan tener corresponderían a un nodo de conmutación y a un HLR (la base de datos de la red), respectivamente. Para determinar si la presencia de estos elementos de red justificaría el cobro de un precio menor por la menor utilización de facilidades del OMR, las partes acompañaron la prueba que se analiza en las consideraciones siguientes;

Centésimo trigésimo octavo: Que de acuerdo con el informe acompañado por Telefónica a fojas 7.697, el nodo de conmutación y el HLR corresponderían a la red de núcleo o Core del OMR y, por lo tanto, no podrían desagregarse en la oferta mayorista realizada a los OMV. De este modo, señala esta demandada, no ofrecer estos elementos de red a un OMV que los tenga parcial o totalmente no significaría un ahorro en costos para el OMR, toda vez que el oferente mayorista no puede separarlos de las facilidades que ofrece;

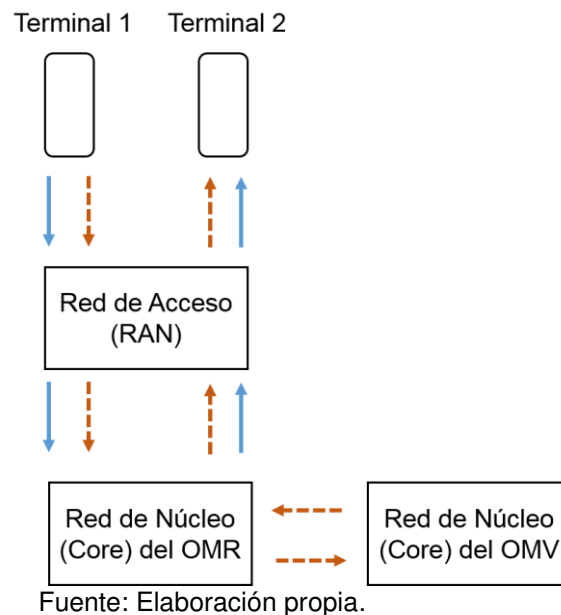
Centésimo trigésimo noveno: Que, al respecto, el testigo Sr. Álvaro Silva, presentado por OPS y autor del informe que rola a fojas 2.566, señaló que *“cuando un abonado de un OPS, por ejemplo, llame a través de un OMR, el OMR lo que debe hacer apenas recibe esa comunicación, más que enrutarlo por su propia infraestructura, tiene que pasárselo por la interconexión que tiene con OPS y OPS lo redirigirá de vuelta al OMR o lo enviará a interconexiones con otros operadores”* (fs. 5.249, página 20);

Centésimo cuadragésimo: Que, sin embargo, considerando que OPS no tiene una infraestructura de red desarrollada, sería ineficiente la interconexión antes planteada, toda vez que desde la infraestructura de OPS la comunicación necesariamente deberá ser redireccionada para poder completar la telecomunicación. En el caso de una llamada desde la red del OMR contratado por OPS hacia la red de otro OMR, este paso extra puede no significar un costo adicional para el OMR originador de la comunicación, porque su labor termina cuando entrega la comunicación al OMV. Sin embargo, en el caso de una llamada dentro de la misma red, tal enrutamiento puede significar costos adicionales e innecesarios para el OMR contratado por OPS, pues se produce un enrutamiento superfluo desde la red del OMR hacia la infraestructura del OMV, que luego debe volver a la red del OMR en cuestión. Así, el OMR podría incurrir en costos mayores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en caso de integrar la infraestructura del OMV, lo que resulta económicamente ineficiente. Lo anterior se muestra en el siguiente esquema:

Figura N° 1:
Esquema de una comunicación entre dos terminales del OMV, considerando la utilización del Core del OMR (línea continua azul) o del Core del OMV (línea discontinua roja)



Centésimo cuadragésimo primero: Que en relación con lo afirmado por el Gerente General de Telefónica en la absolución de posiciones cuya transcripción rola a fojas 2.952, en la que señaló que el servicio de transporte de llamadas sí podía ser desagregado pero que en su oferta lo presentan de modo completo, se debe tener presente que, según lo explicado en la consideración anterior, el hecho de que se pueda desagregar no significa, necesariamente, que esa sea la solución más eficiente;

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, por todo lo anterior, es posible desestimar un incumplimiento de la Sentencia por la vía de negar la venta de manera indirecta, a través de la discriminación anticompetitiva;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que habiendo concluido el análisis de la acusación de incumplimiento a través de una negativa de venta indirecta, descartando las conductas de estrangulamiento de márgenes y discriminación anticompetitiva, corresponde ahora analizar las acusaciones específicas de Netline en relación a precios y márgenes señaladas en la consideración quinta;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que en cuanto a la acusación de que los precios debieran ser iguales al mejor precio que se ofrezca en el mercado minorista, como se señaló en la consideración quincuagésimo séptima, los OMV no participan como clientes en el mercado minorista, por lo que, en consecuencia, no es correcto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comparar los precios ofrecidos en uno y otro mercado. A diferencia de lo resuelto por este Tribunal en su Sentencia N° 88/2009, en cuyo caso se comparó la oferta efectuada por Movistar a clientes finales con aquella que entregó a OPS por el mismo servicio, en este caso el ámbito de la oferta a clientes finales es más amplio y no queda determinado por la tecnología. Así, debe determinarse 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 (lo que ya se analizó en las consideraciones nonagésimo primera a centésimo vigésimo tercera), y no si los precios son idénticos en dos mercados con costos, oferentes y demandantes distintos. Por todo lo anterior, esta alegación será desestimada;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, por último, respecto del argumento de que los precios debieran asegurar un margen de 50% al OMV, no existe un análisis en estos autos que explique por qué debería ser ese un margen razonable. Por otra parte, para el informante y testigo en estos autos Sr. Cabello, el margen necesario correspondería a un 65%, porcentaje que se deduciría de la memoria de Movistar, para cuya empresa el costo de red significaba un 35% y, por lo tanto, el costo del segmento comercial debería corresponder al 65% restante. Esta estimación resulta inapropiada en una industria con ingentes economías de escala como la de telecomunicaciones, pues la participación del costo de red dentro del costo total decrece a medida que aumenta el número total de clientes de la compañía. De este modo, para redes de menor tamaño (como por ejemplo, la de Claro) es esperable que el costo de red represente un porcentaje mayor del costo total. Si lo que se quiere emular con los OMV es la estructura de costo de los OMR, entonces para un OMV de menor tamaño el porcentaje del costo que corresponde a la red ha de ser mayor que para Movistar. En este sentido, el informe acompañado por Telefónica a fojas 4.890 realiza estimaciones de costo para un OMV como Virgin, utilizando supuestos que pueden ser considerados razonables para la industria, y en tal caso el costo de red corresponde aproximadamente al 75% del costo total, por lo que los márgenes que debieran permitir las ofertas serían de 25%. Más aún, es posible que la estructura de costos de comercialización de un OMV de menor tamaño sea incluso más liviana en proporción que la de un OMV de tamaño mediano –como es el caso de Virgin–, por lo que el margen requerido para ingresar al mercado podría ser incluso menor. No obstante, no existe evidencia en estos autos al respecto;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que con todo, no corresponde a este Tribunal determinar o definir un margen adecuado para un OMV, por cuanto la determinación de precios o márgenes de mercado excede las competencias otorgadas por el legislador;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, en consideración a todo lo anterior, el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema al disponer la medida analizada en este proceso, se ha cumplido en los hechos, toda vez que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas que dan origen a este procedimiento fueron ofrecidas por las demandadas en términos abiertos y generales; y fueron utilizadas por otros OMV en sus respectivos ingresos al mercado. En efecto, existe prueba en autos que acredita el ingreso de al menos ocho OMV al mercado de la telefonía móvil luego de suscribir los correspondientes contratos con los OMR. De acuerdo con la información estadística de la Subtel, uno de estos OMV (Telsur) ingresó al mercado antes de la dictación de la Sentencia, mientras que Virgin lo hizo antes de la fecha límite de cumplimiento de dicha Sentencia. Del mismo modo, Netline y VTR presentaban abonados móviles a la fecha de la imposición de las demandas. Los restantes OMV ingresaron al mercado desde diciembre de 2013 a la fecha. Los siguientes contratos de acceso a facilidades de red se encuentran agregados al proceso: Blue Two S.A. (fojas 1.724), Netline (fojas 1.724), Virgin Mobile Chile S.p.A. (fojas 3.147), Compañía Nacional de Teléfonos, Telefonía del Sur S.A. (fojas 3.166), Telestar Móvil S.A. (fojas 3.428), Falabella Móvil S.p.A. (fojas 4.829 y 5.110), Nextel S.A. (fojas 4.895), Nómade Telecomunicaciones S.A. (fojas 5.374), Simple S.p.A. (fojas 6.895) y Compatel Chile Ltda. (fojas 8.186);

Centésimo cuadragésimo octavo: Que, en consecuencia, consta en autos que: (i) las demandadas realizaron ofertas mayoristas, sean de facilidades o de reventa de planes; (ii) las acusaciones relativas a no realizar ofertas de facilidades o reventa de planes –negativa de venta, según los demandantes–, no cumplirían con los requisitos necesarios para configurar un incumplimiento de la Sentencia; (iii) las condiciones comerciales contenidas en las ofertas demandadas permiten el ingreso de competidores tan eficientes como quien realiza la oferta, por lo que no puede considerarse que estrangulan márgenes; y (iv) los términos utilizados en las ofertas no pueden considerarse competitivamente discriminatorios;

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, por todo lo anterior, este Tribunal rechazará las demandas de Netline, OPS y Telcomax en contra de Telefónica, Entel y Claro;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º; y 29º del Decreto Ley N° 211, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE, rechazar las demandas presentadas por Netline Mobile S.A., OPS Ingeniería Limitada y Telecomunicaciones Max Limitada, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Autos acumulados Rol C N° 271-13

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Jorge Hermann Anguita. No firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo de la sentencia, la Ministra Sra. Domper, por estar ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.