

INFORME ACERCA DE
DISCRIMINACIONES ARBITRARIAS MONOPÓLICAS
IMPUTADAS POR
OPS INGENIERÍA LTDA
A
TELFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A.

DOMINGO VALDÉS PRIETO*

Santiago, Marzo de 2008.

* Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago. Profesor de Derecho Económico y de la Libre Competencia, Universidad de Chile y Profesor de Derecho Antimonopólico, MBL, Universidad Adolfo Ibáñez.

I. ANTECEDENTES

OPS INGENIERÍA LIMITADA (OPS) ha presentado, con fecha 13 de abril de 2007, ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) una demanda (Demanda OPS) contra Telefónica Móviles de Chile S.A. (Movistar), por hechos propios y como continuadora legal de Telefónica Móviles Chile S.A., dando lugar a un proceso que ha sido caratulado "OPS Ingeniería Ltda. con Telefónica Móviles de Chile S.A." e individualizado bajo el Rol N° 126-2007 Contencioso.

Posteriormente, Movistar contestó la Demanda (Contestación Movistar a OPS). Cabe destacar que, adicionalmente a OPS, las empresas ETCOM S.A. (ETCOM) e Interlink Global Chile Ltda (Interlink), demandaron en forma separada y respectivamente con fechas 19 de junio de 2007 y 4 de julio de 2007, a Movistar (Demanda ETCOM y Demanda Interlink). El objeto de todas estas demandas es la imputación de abusos de posición dominante consistentes en discriminaciones arbitrarias monopólicas (DAMs). Movistar contestó, a su vez, la Demanda ETCOM y la Demanda Interlink (Contestación Movistar a ETCOM y Contestación Movistar a Interlink). Las Demanda ETCOM y Demanda Interlink dieron, respectivamente, lugar a los procesos caratulados "ETCOM S.A. con Telefónica Móviles de Chile S.A.", Rol N° 133-2007 Contencioso, e "Interlink Global Chile Limitada con Telefónica Móviles de Chile S.A.", Rol N° 134-2007 Contencioso.

Las DAMs señaladas en las Demanda ETCOM y Demanda Interlink coinciden en substancia con lo descrito en la Demanda OPS: alzas unilaterales, injustificadas y arbitrariamente discriminatorias en los precios de suministro de telefonía móvil efectuadas por Movistar. Las Demanda ETCOM y Demanda Interlink se han acumulado al proceso caratulado "OPS Ingeniería Ltda. con Telefónica Móviles de Chile S.A." e individualizado bajo el Rol N° 126-2007 Contencioso. Con tales escritos se ha cerrado la fase de discusión del proceso antimonopólico objeto del presente informe.

Cabe destacar que, con fecha 12 de diciembre de 2007, se ha presentado en autos un informe elaborado por la Fiscalía Nacional Económica, en adelante

denominado Informe FNE, y que, con fecha 13 de diciembre de 2007, también se ha presentado en este proceso un informe elaborado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante denominado Informe Subtel.

Mediante Demanda OPS se imputa a Movistar la perpetración de un cúmulo de prácticas constitutivas de diversas modalidades de injustos monopólicos de abuso de posición dominante en su específica forma de discriminación arbitraria monopólica (DAM): i) alzas injustificadas y abusivas en los precios, acompañadas de recargos por volumen, ii) bloqueos de elementos básicos para la prestación de servicios provistos por OPS y iii) negaciones de servicios consistentes en la transferencia de 121 servicios a tecnología digital.

La Demanda OPS explica el cúmulo de prácticas constitutivas de discriminación arbitraria monopólica imputada en que "la actitud de Movistar tiene un solo objetivo, impedir el desarrollo comercial de OPS"¹, en atención a que el mercado relevante en el cual participa OPS también oferta servicios Movistar.

El objeto de la discriminación arbitraria monopólica señalada por la Demanda OPS es triple: precios arbitrariamente discriminatorios, exclusiones arbitrariamente discriminatorias y negativas arbitrariamente discriminatorias. De allí que no sólo analizaremos las DAMs directas sino que también las DAMs indirectas.

Este Informe, que se realiza desde la exclusiva óptica del Derecho de la Libre Competencia, ha sido elaborado a solicitud de OPS y, por tanto, las conclusiones del mismo son responsabilidad privativa de su autor y no representan necesariamente el parecer o la visión de OPS sobre los tópicos aquí tratados. Asimismo, cabe destacar que el presente Informe se centra en la calificación jurídica, desde la perspectiva de la Libre Competencia, de las conductas que OPS imputa en la Demanda a Movistar, sin referirse necesariamente a otras conductas que ETCOM e Interlink atribuyen a Movistar en sus respectivas demandas. En atención a lo expuesto, este informe no analiza ni pretende analizar supuestas infracciones a la legislación de telecomunicaciones, las que por lo demás no pueden ser objeto del litigio en comento por escapar a las atribuciones del TDLC.

Considerando que la DAM da cuenta de ciertas conductas no sólo constitutivas de atentados contra la libre competencia, sino que encuadrables bajo la categoría específica de "explotación abusiva de posición dominante", trataremos, además de los elementos esenciales

¹ Demanda OPS, 3.1.2., pg.14.

comunes a todo injusto monopolístico, cada uno de los presupuestos del abuso monopolístico y el abuso monopolístico mismo, todo ello según ordena la letra b) del artículo tercero del Decreto Ley 211.

Considerando lo anterior, el presente informe se estructura en cuatro secciones. La primera de ellas se denomina Antecedentes y da cuenta del presente preámbulo (Sección I). En segundo lugar, trataremos el mercado relevante en el cual tienen lugar las conductas objeto de litigio y la existencia de una posición dominante o situación de poder de mercado por parte de Movistar, que también denominamos monopolio estructural (Sección II). A continuación, pasaremos revista al ejercicio efectivo del poder de mercado de que Movistar dispone en relación con las conductas imputadas por OPS; esta consideración es fundamental, puesto que se puede gozar de una posición dominante y, por diversas circunstancias, no ejercitarse el respectivo poder de mercado o verse éste neutralizado² (Sección III). Luego, abordaremos el abuso en el ejercicio efectivo del poder de mercado que Movistar ostenta y que se manifiesta en el ilícito monopolístico de discriminación arbitraria proscrito por el Decreto Ley 211 (Sección IV). Proseguiremos analizando otras defensas implícitamente esgrimidas por Movistar para justificar discriminaciones arbitrarias monopolísticas (Sección V). Finalmente, cerraremos este informe con una sección de conclusiones (Sección VI).

II. MERCADO RELEVANTE Y PODER DE MERCADO

Cada uno de los presupuestos y el supuesto antes indicados que permiten configurar un abuso de posición dominante no se determinan en abstracto, sino que en relación con un ámbito de mercado denominado mercado relevante. Éste opera como un encuadre fáctico de tales circunstancias y consiste en el más pequeño grupo de transacciones para las cuales la elasticidad de la demanda y la elasticidad de la oferta son lo suficientemente bajas como para

² Fritz Machlup, "The Political Economy of Monopoly. Business, Labor and Government Policies", pg. 472, Baltimore, The John Hopkins Press, USA, 1952: "La principal dificultad de la tarea de cuantificar el monopolio descansa en el hecho de que éste no es perceptible, excepto por sus causas o efectos".

permitir que una empresa con el cien por cien de tal grupo de transacciones pueda rentablemente reducir su productividad e incrementar los precios substancialmente por sobre sus costos marginales³.

Desde la óptica de la libre competencia el mercado relevante se determina en función del producto y del territorio. Cabe advertir que la delimitación de un mercado relevante no necesariamente coincide con los términos de un mercado desde un punto de vista regulatorio. En efecto, por regla general la legislación sectorial define mercados con finalidades normativas y, por ello, suele comprender varios productos en el mismo, a la vez que habitualmente prescinde de elementos geográficos como consecuencia de la generalidad de las normas emanadas de autoridad pública. Así, por ejemplo, la legislación eléctrica alude al mercado de la distribución eléctrica, en cuyo interior hallamos productos muy disímiles: suministro de potencia, de energía, de reactivos, de lectura de medidores, de instalación de medidores, etc.

Algo análogo acontece con el mercado de las llamadas "on net". Desde una perspectiva sectorial o regulatoria este mercado carece de individualización específica, puesto que se halla vinculado a otro más amplio: el servicio público telefónico móvil⁴.

Desde una perspectiva de la libre competencia es posible diferenciar productos respecto de los cuales no existe una regulación sectorial específica y determinar respecto de cada uno de ellos un ámbito geográfico. Esto es precisamente lo que busca realizarse dentro de la presente sección.

Para una adecuada comprensión del caso objeto del presente informe, resulta indispensable identificar, al menos, dos mercados relevantes conexos⁵: el de los servicios de la telefonía móvil y el de las llamadas "on net". El primero es aquél donde se verifican las DAMs descritas en Demanda OPS con la consiguiente reducción de libertad de competencia mercantil en ese mercado y el segundo es el mercado relevante en el cual, como consecuencia de su carácter conexo, se entorpece y restringe – en el límite se eliminaría – la competencia efectiva por la oferta de llamadas "on net".

³ Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice", pg. 83, West Publishing Co., Minn., 1994.

⁴ Informe Subtel, Sexto, fojas 0659.

⁵ Sentencia 35/2005 del TDLC señala acerca de los mercados conexos que: "cualquier acción realizada para entorpecer la competencia en el primer mercado tendrá en el mediano plazo, repercusiones en el segundo mercado."

II.1. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL

En el mercado en el cual ocurren las DAMs el producto consiste en el suministro de servicios de telefonía móvil. La industria de la telefonía móvil se estructura sobre dos grandes sistemas: una red de comunicaciones (también conocida como red de telefonía móvil) y los terminales o equipos móviles que permiten el acceso a dicha red. A su vez, la red de comunicaciones se halla conformada por grupos de antenas o estaciones bases que transmiten y reciben señales de radio de los diversos equipos de conmutación que posibilitan las llamadas a otras redes, fijas o móviles⁶.

Los servicios de telefonía móvil no se hallan ni tarifados ni regulados en cuanto al precio; de allí que los precios sean libres y estén sometidos a la interacción de la oferta y la demanda. Por contraste, los cobros de interconexión (cargo de acceso de la red móvil) se hallan tarifados y la tarifa es fijada cada cinco años, de conformidad con la Ley General de Telecomunicaciones (LGT).

El precio de las llamadas de fijo a móvil (sistema quién llama paga) corresponde a la suma del tramo local y el cargo de acceso a la red móvil. Este precio se halla regulado para CTC y para Telsur, en tanto que parcialmente regulado en el caso de las restantes empresas de telefonía local (el tramo local es libre).

Por contraste, el precio de las llamadas en sentido inverso, esto es, de móvil a fijo, resulta libremente determinado por el mercado.

En resumen, es más barata una llamada desde un teléfono móvil a otro móvil en comparación con una llamada desde un teléfono fijo a móvil.

Las llamadas desde un móvil pueden hallar tres clases de destinatarios: i) **móvil a móvil de la misma compañía**: sólo tiene el costo de uso de infraestructura de la red móvil contado dos veces, puesto que emplea dos canales de voz; ii) **móvil a móvil de otra compañía**: tiene el costo de uso de infraestructura de red, más el costo del cargo de acceso a la compañía móvil de destino, y iii) **móvil a red fija**: se computa sólo una vez el costo de infraestructura de red móvil más el costo de cargo de acceso a la red fija.

⁶ Informe FNE, III, pg.5.

El cargo de acceso de red móvil es más caro que el de red fija, razón por la cual se observan claros incentivos a diferenciar los precios según el destinatario de la llamada.

Adicionalmente, existen precios diferenciados (genéricamente denominadas "tarifas", lo que a nuestro juicio es equívoco toda vez que induce a la idea de que todos los precios están regulados⁷) tanto por destino - precios "on net" y precios "off-net" - como también por horarios (precios nocturnos, horarios punta, etc.)

Desde el punto de vista de la modalidad de pago, el servicio de telefonía móvil puede comercializarse en dos formas: pre-pago y post-pago. La diferencia entre tales modalidades radica en la oportunidad del pago en relación con el uso del servicio y en el monto del precio pagado por el usuario.

La industria de la telefonía móvil exhibe significativas economías de escala, lo que constituye un fuerte incentivo a alcanzar grandes volúmenes de clientes. A tal efecto, se observan importantes estrategias dirigidas a captar un alto porcentaje de los nuevos clientes que cada año se incorporan al mercado de la telefonía móvil. Semejante incremento de la clientela se traduce en beneficios para todos los clientes de una empresa, en tanto tales economías de escala se trasladen efectivamente a éstos. Lo propio de las economías de escala es que los costos medios de producción se reducen en la medida en que se incrementa el volumen total de minutos cursados por la red. De esta forma, los planes según los cuales un cliente puede cursar más minutos por un precio más reducido, tienen la virtualidad de reducir los costos medios de producción. Ello importa un beneficio para el cliente como para la empresa en tanto y en cuanto tal reducción de costos medios sea trasladada al consumidor.

Oferentes y Demandantes del Mercado de la Telefonía Móvil

Este producto reconoce dos grandes categorías de oferentes: operadores móviles establecidos (OME) y operadores móviles virtuales (OMVs). La diferencia entre tales oferentes estriba en que un OMV carece de espectro radioeléctrico propio, debiendo contratar dicha capacidad a un OME o, en el otro extremo, puede un OMV acordar con un OME, utilizar todas las facilidades instaladas de este último, siendo

⁷ La tarifa máxima no es un instrumento regulatorio para evitar una discriminación de precios, sino que un medio normativo para evitar precios monopólicos o abusivos.

necesario efectuar sólo inversiones asociadas con mercadeo, facturación y registro de clientes⁸. En términos mercantiles, el OMV es un comercializador cuya utilidad desde la óptica de la libre competencia es incrementar la menguada competencia existente a nivel de OMEs y precisamente, por esta razón, es que el TDLC ha señalado los beneficios que presenta la existencia de OMVs: i) disminución de barreras de entrada asociadas a espectro e infraestructura, y ii) aumento de la diversidad de productos⁹.

Los OMEs son: Claro, ENTEL y Movistar, en circunstancias de que esta última capta *"alrededor del 45% del tráfico, lo que obviamente le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular de las empresas de celulines, que requieren acceder a las tres redes, en especial a la mayor, para operativizar su negocio."*¹⁰

Así, a nuestro juicio, cabe hablar de un mercado originario, en cual operan los OMEs, y de un mercado secundario, integrado por OMVs. Atendido que tanto los OMEs como los OMVs pueden atender clientes finales, se puede producir competencia entre ambas categorías de oferentes de servicios de telefonía móvil. La conveniencia de la operatoria de OMVs ha sido expresamente reconocida y promovida por el TDLC.

En efecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no había ignorado los riesgos que un mercado de la telefonía móvil altamente concentrado podía crear. Por ello al conocer de la consulta por fusión formulada por Telefónica Móviles S.A., Bellsouth Chile Inc. y Bellsouth Chile Holdings Inc. estableció una medida – signada bajo el número nueve - cuya finalidad es precisamente promover la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil (desde la perspectiva de la libre competencia es preciso recordar que el mercado de la telefonía móvil es conexo al de las llamadas "on net"). En tal sentido resolvió el TDLC:

*"Se recomienda a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar oferta de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes"*¹¹.

⁸ Informe Subtel, Cuarto, letra a), fojas 0656.

⁹ Resolución 2/2005 del TDLC, consideración 5.5., párrafo sexto.

¹⁰ Informe FNE, IV, pg. 13.

¹¹ Resolución 2/2005 del TDLC, medida novena.

Esta medida novena ya había sido previamente anunciada, a través de un considerando de la misma resolución citada, que disponía:

*"Habida cuenta de las características que tendrá el mercado de la telefonía móvil en un escenario post operación de concentración, este Tribunal considera conveniente la incorporación de OMV [operadores móviles virtuales], pues ello conllevaría un incremento de la competencia en el mercado y una mayor eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico"*¹².

A su vez Subtel ha reconocido formalmente a los OMVs:

*"Que este Subsecretaría, con ocasión de la dictación de la resolución exenta N°158, de 2006, y mediante una interpretación administrativa de las normas técnicas aplicables al servicio telefónico móvil, reconoció esta nueva categoría de concesionario de servicio público de telefonía móvil, que opera sobre la red de un concesionario ya autorizado, y que no tiene asignada una banda de frecuencia especial, por tanto no requiere para explotar el servicio público telefónico móvil esperar que se le asigne la titularidad del uso y goce de un bloque de frecuencia atribuido a este servicio."*¹³

II.2. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO DE LLAMADAS ON NET

En el segundo de los mercados en que incide este litigio, el producto ha de ser conceptualizado como vinculado a los servicios de telefonía móvil, pero diverso de éstos y por ello se denomina "llamadas on net". Afirmamos que, en este segundo mercado, el producto es diverso del primero porque resulta de la combinación de dos insumos: i) servicios de telefonía móvil, lo cual requiere acceso a las respectivas plataformas (las redes se utilizan como plataformas, esto es, no como lo haría un usuario final, sino como un insumo dentro de la cadena productiva¹⁴) y ii) servicios entregados a través de equipos conversores (celulines) y un enlace dedicado de carácter privado. Como puede observarse, el carácter conexo de estos mercados es consecuencia de que el producto de uno de ellos (telefonía móvil) sirve de insumo, entre otros, para el producto definidor del otro (llamadas on net).

¹² Resolución 2/2005 del TDLC, considerando 5.5.

¹³ Informe Subtel, Cuarto, letra d), fojas 0657.

¹⁴ Informe FNE, IV, pg.13.

En concordancia con este planteamiento del producto, la FNE ha indicado que *“el mercado relevante al caso estaría conformado por los servicios de gestión de llamadas telefónicas de salida hacia la misma red móvil de destino”*¹⁵. Esta fórmula, según explicaremos, es equivalente a llamadas “on net”, puesto que se trata de llamadas telefónicas que, iniciadas en una PABX y terminadas en una red pública telefónica, serán de origen fijo o móvil atendido el canal o medio a través del cual se introducen en la red pública. Así, se trata de llamadas efectuadas desde una PABX, que no es un teléfono para efectos regulatorios; se trata más bien de un anexo o extensión administrado por una PABX.

Las llamadas telefónicas denominadas “on net” y “off net” se producen en virtud de un “servicio de conversión” (también denominado “celulink” o “telulink”) mediante el cual las llamadas efectuadas desde una red privada con destino hacia una red de telefonía móvil se canalizan mediante el uso de un chip o “sim card” desde un celular (red móvil) hacia un celular (red móvil). Este proceso se lleva a cabo mediante la conexión de equipos a una central telefónica privada, lo que permite que el llamado se origine, desde un punto de vista de la regulación telefónica, en un teléfono celular y culmine o se complete en la misma red móvil.

De los tres usos principales que la OFCOM reconoce a los conversores móviles, destaca el siguiente que corresponde a la operatoria de OPS. Uso Comercial a Usuario Único: un proveedor de soluciones en telecomunicación instala, opera y mantiene los equipos de conversión móvil para proveer servicios de comunicación electrónica como un desarrollo comercial teniendo como destino a una única empresa por conversor móvil¹⁶.

La clasificación de las llamadas en “on net” y “off net” se origina en la circunstancia de que las primeras tenían lugar toda vez que las llamadas iniciadas en un teléfono celular conectado a un equipo conversor perteneciente a una determinada red móvil presentaban por destinatario teléfonos celulares de la misma red móvil. Por contraste, las llamadas “off net” tenían lugar toda vez que las llamadas originadas en teléfono celular conectado a un equipo conversor perteneciente a una determinada red móvil presentaban por destinatario teléfonos celulares de una red móvil diferente.

¹⁵ Informe FNE, IV, pg. 14.

¹⁶ “Future Regulation of GSM Gateways under the Wireless Telegraphy Act”, OFCOM. June 29th, 2005.

La evolución tecnológica y la sofisticación de los demandantes ha conducido a que en el dinámico mercado de la telefonía se observen dos nuevas situaciones interrelacionadas. La primera consiste en que este servicio de conversión se ha desarrollado de tal forma que actualmente tienden a desaparecer las llamadas "off net". En un inicio, las llamadas podían ser "on net" u "off net", según la distinción antes explicada. Sin embargo, hoy suele ocurrir que el proveedor contrata planes de minutos con un amplio espectro de operadores de telefonía móvil del mercado y dispone de las respectivas tarjetas SIM (generalmente denominadas "chips"), lo que permite que todas las llamadas sean "on net", esto es, sean tratadas como de celular a celular pertenecientes ambos a una misma red móvil. Esta situación se halla muy vinculada a un segundo aspecto consistente en la aparición de competidores que ofertan servicios de conversión en forma separada de otros servicios (modalidad "outsourcing" o de externalización), lo que permite que la obtención de llamados "on net" pueda ser contratada directamente por clientes del mercado de la telefonía con la seguridad de que el proveedor habrá contratado los planes de minutos necesarios para asegurar que todas las llamadas sean "on net".

Estos servicios externalizados resultaron atractivos al reducir aún más el costo de las llamadas por efecto de la concentración de la demanda de varios clientes y por lograr transformar todas las llamadas en "on net"¹⁷. Estas circunstancias marcan la aparición y exitoso desarrollo de las denominadas empresas de "celulines" o de conversores.

Como es posible apreciar, las llamadas de telefonía "on net" permiten significativos ahorros a quienes desean llamar desde una red fija a un celular de la misma red móvil. Tales ahorros hallan dos causas: i) es más barato un llamado de red móvil a red móvil que un llamado de red fija a red móvil y ii) es más barato un llamado de celular a celular de una misma red móvil que un llamado entre celulares pertenecientes a diferentes redes móviles, puesto que en aquel caso no hay pago de cargo de acceso alguno por efectuarse dentro de la misma red. La oferta de llamadas "on net" encuentra gran demanda gracias a los ahorros antes indicados. Estos ahorros resultan del diferencial de precios entre llamadas "on net" y "off net", diferencial que resulta explicado por los cargos de acceso que deben pagarse y que todas las operadoras de telefonía móvil han fijado en el máximo permitido por la

¹⁷ Informe FNE, II, pg. 4.

autoridad sectorial¹⁸. El cargo de acceso de la red móvil es una tarifa regulada por Subtel, que refleja el costo de uso de una red de telefonía móvil, entre el punto de interconexión y el terminal del usuario respectivo, pero sin incluir el costo del terminal.

Para participar en el mercado de los llamados "on net" ofertando estos servicios resulta esencial contar con dos insumos: i) conversores, los cuales están a disposición de cualquiera que desee pagar por ellos e importarlos¹⁹; ii) grandes planes de minutos de telefonía móvil a través de la adquisición de los denominados "chips", y iii) enlaces dedicados, respecto de los cuales hay muchos oferentes.

En relación con este segundo insumo (ii)), resulta fundamental distinguir dos clases de competidores por la oferta de "llamados "on net"". La primera conformada por oferentes que, por hallarse verticalmente integrados, tienen asegurado el suministro de minutos de telefonía móvil: OMEs que también ofertan llamadas "on net". La segunda clase de competidores está integrada por oferentes de llamadas "on net" que, al no encontrarse verticalmente integrados (celulinks o telulinks), dependen de los contratos que celebren con quienes sí están verticalmente integrados (OMEs). De aquí se sigue que los competidores que no cuentan con redes propias requieren tener garantizado acceso a las redes de todas las operadoras móviles, especialmente respecto de la de mayor tamaño y que pertenece a Movistar. Así, los términos contractuales que las OMEs exijan a los celulinks o telulinks no resultan inocuos, sino que pueden transformarse en una peligrosa herramienta para entorpecer, restringir o, incluso, eliminar competidores del mercado de las llamadas "on net".

En efecto, una negativa de venta total o parcial del insumo minutos de telefonía móvil (ii)) por parte de un OME dificulta o impide en la práctica la libre competencia por celulinks u otros terceros no integrados verticalmente que operen en el mercado de las llamadas "on net". Ello resulta perfectamente explicable toda vez que ciertos oferentes de llamadas "on net" se hallan verticalmente integrados (OMEs) y, por tanto, así como son invulnerables en principio a una reducción del insumo (ii)) por terceros, ostentan por contraste la capacidad de controlar el grado de competencia en el mercado de las llamadas "on net" respecto de competidores celulinks. De allí que el

¹⁸ Informe FNE, V, pg. 15.

¹⁹ Informe FNE, IV.3, pg. 15. FNE constata que no existen barreras a la entrada para la importación de equipos de conversión móviles o piezas de éstos (ver figura 5).

mercado de la telefonía móvil sea conexo con el mercado de las llamadas "on net" y plantee la dificultad de que ciertos competidores se hallan verticalmente integrados, pudiendo así aplicar el poder de mercado de que gozan en el mercado de la telefonía móvil al mercado de las llamadas "on net". Para comprender este poder de mercado es preciso observar que las llamadas "on net" que tienen por destinataria una determinada red móvil, v.gr., la perteneciente a Movistar, necesariamente deben utilizar esa red móvil. De allí que para una empresa que oferta llamadas "on net" resulta esencial contar con planes de acceso a las redes móviles de destino de las llamadas; de otra forma no podrá prestar el respectivo servicio. Así, cada una de las empresas dueñas de redes móviles ostenta un monopolio respecto de las llamadas cuyo destino son esas mismas redes móviles. Por ello el Informe Subtel advierte:

*"La fijación de los cargos de acceso tiene como fundamento económico y jurídico garantizar el desarrollo de la actividad empresarial del sector, así como la igualdad de oportunidades para acceder a la red pública telefónica por parte de los operadores, por cuanto la relación entre empresas para negociar respecto a valor de uso de la red de la otra es asimétrica - cada empresa negocia con su tamaño de cartera de clientes-, monopólica -cuando las comunicaciones están encaminadas y terminadas en usuarios de otra red, la empresa respectiva constituye el único oferente- y obligatoria - obligación de encaminar todas las llamadas a las redes de destino cualquiera sea la red de origen-."*²⁰

Las redes de ENTEL PCS y de Claro Chile pueden operar como sustitutos de las de Movistar para el inicio de llamadas "on net" (en los casos en que ello proceda), pero no para las llamadas cuyo destino o terminación sean las redes móviles de Movistar. A tal efecto no resulta útil acudir a otro propietario de redes móviles, sobre todo cuando un propietario como Movistar concentra tan alto porcentaje del tráfico de llamadas que puede eventualmente aniquilar el negocio de las llamadas "on net" que desarrollan oferentes no integrados verticalmente. Así, llegamos a que estas redes móviles son virtuales facilidades esenciales cuyo acceso, a través de los planes de minutos de telefonía móvil, debe estar garantizado sobre la base de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación arbitraria y objetividad, tantas veces reiterados por nuestra jurisprudencia antimonopólica. Es por ello que, en este mercado, la plataforma móvil

²⁰ Informe Subtel, Segundo, letra i), Nota 6, fojas 0653.

es empleada como un insumo esencial para un servicio de llamadas "on net" y no como un producto a ser utilizado por un usuario final.

Así, la plataforma móvil lleva a considerar la teoría de la "facilidad o infraestructura esencial", según la cual existe la posibilidad de emplearla como una barrera a la entrada, esto es, destinada a explotar una posición dominante para obtener o preservar una renta monopólica. La doctrina ha establecido los siguientes requisitos para las instalaciones o infraestructuras esenciales: i) éstas deben ser controladas por un monopolista; ii) el acceso a la infraestructura debe ser imprescindible para competir en el mercado relevante respectivo y, especialmente, para competir contra el monopolista que ostenta la propiedad o el control de la infraestructura esencial; de aquí deriva la esencialidad de esta instalación para la libre competencia; iii) las características de la facilidad esencial deben hacer factible y viable que ésta pueda ser utilizada por más de un usuario; en otras palabras se trata de un bien cuyo aprovechamiento, uso o explotación puede ser realizado en común por dos o más competidores; iv) desde un punto de vista conductual se requiere que el monopolista que explote la instalación esencial acompañe dicha explotación de prácticas consistentes en vedar acceso a todos o algunos de sus competidores a esa facilidad esencial o en imponer condiciones arbitrarias para la obtención de tal acceso o en discriminar arbitrariamente entre quienes emplean dicha infraestructura esencial y ello implica, ciertamente, que tales prácticas carezcan de legítimas razones de negocio que hagan justificables esas prácticas.

En el caso "sub júdice" observamos que la plataforma móvil en relación con el mercado de las llamadas "on net" reúne las exigencias i), ii) y iii). Respecto de la exigencia iv) la conducta del monopolista – acepción jurídica de este término – adopta la forma de imposición de condiciones arbitrarias para la obtención de acceso a la facilidad esencial (plataforma móvil). Corresponderá desarrollar en la Sección IV de este informe si las condiciones impuestas por Movistar a OPS presentan el carácter de arbitrarias, esto es, carecen de legítimas razones de negocios que las justifiquen.

Las facilidades esenciales exhiben tal relevancia para una determinada actividad económica que causan que el mercado relevante en que ésta se desarrolla aparezca como conexo al mercado relevante en el cual existen tales facilidades esenciales. Así, quien ostenta el dominio o control de una infraestructura esencial puede llegar a abusar de su posición dominante a través de ciertas prácticas excluyentes en

relación a aquélla, conductas que resultan claramente reprochables por el Decreto Ley 211. Así, constatamos que pese a que el mercado de las llamadas "on net" no es aquél en el cual se desarrollan las conductas controvertidas, sí recaen en él los efectos y las consecuencias de las mismas. Así, restricciones aplicadas en el mercado de la telefonía móvil repercuten en una menor y, en el límite, en una inexistente oferta de llamadas "on net".

En atención a lo expuesto, la existencia de ambas clases de oferentes (OMEs y empresas no integradas verticalmente o celulinks) en el mercado de las llamadas "on net" presenta indiscutiblemente la virtualidad de incrementar la competencia efectiva en el mercado de las llamadas "on net".

OPS es una empresa de celulink y, en cuanto tal, utiliza líneas móviles para prestar un servicio que al día de hoy resulta carente de regulación específica desde la perspectiva de las telecomunicaciones. En otras palabras, OPS es un proveedor de plataforma tecnológica que presta servicios de llamadas "on net" bajo la modalidad "outsourcing", para lo cual requiere contratar minutos de telefonía móvil con diversas empresas, entre las que se cuenta Movistar. Por otra parte, un proveedor de llamadas "on net" debe conectar su plataforma con la central privada de un cliente, resultando que la forma más habitual de realizar tal conexión consiste en un enlace dedicado. Este enlace dedicado exige a OPS arrendar medios a terceros, tales como fibra óptica, pares de cobre u otro disponible, para efectuar la comunicación respectiva.

Oferentes y Demandantes del Mercado de las Llamadas On Net

El producto "llamadas "on net"" es ofertado por competidores no integrados verticalmente como OPS, ETCOM, Interlink, entre los cuales OPS ostenta más de un 80% de las ventas de celulink, ETCOM alcanza cerca de un 13% e Interlink en torno a un 2%²¹.

Respecto de los oferentes que revistan la calidad de competidores integrados verticalmente, esto es, Claro, ENTEL y la propia Movistar, no existen antecedentes suficientes que permitan establecer las participaciones que tales empresas ostentan en este mercado²².

²¹ Informe FNE, IV.2., pg. 14.

²² Informe FNE, IV.2., pg. 14.

Sin embargo, resulta manifiesto el interés que tales OMEs pueden tener en intervenir en el mercado de las llamadas "on net": *"de no existir las empresas de celulines, podría acceder a los clientes de éstas ofreciendo los servicios sustitutos de conversión que ofrece mediante redes privadas virtuales o accesos dedicados, o bien, dado que no existirían incentivos para aquello, sus planes habituales"*²³. Esto muestra que las OMEs podrían enfrentar la oferta de las empresas de celulines (tales como OPS, ETCOM e Interlink) de tres formas: a) eliminando a estos competidores a través de precios exorbitantes por el insumo minutos de telefonía móvil, b) "domesticando" a estos competidores, que pareciera ser el camino adoptado, o c) compitiendo con las empresas de celulines a través de la oferta de sustitutos de conversión. También podrían darse combinaciones de las alternativas anteriores, diferenciando el trato entre empresas de celulines. De lo expuesto resulta que existe competencia – sea efectiva o a través de la mencionada "domesticación" – por este mercado de las llamadas "on net" y sus sustitutos entre los oferentes no integrados verticalmente y los que sí lo están. Esto se debe a que los equipos de conversión móvil constituyen un sustituto de la conexión directa entre la PABX de un cliente relevante y la central móvil que emplean las OMEs.

El producto "llamadas on net" resulta demandado por corporaciones y empresas, tanto públicas como privadas. Los demandantes del producto son principalmente empresas o corporaciones, puesto que por razones de precio los conversores móviles resultan ser de acceso limitado²⁴.

Clarificado el producto que define el mercado relevante de las llamadas "on net", corresponde determinar el territorio del mismo. Parece razonable considerar que el territorio en el cual tiene lugar la interacción de la oferta y la demanda por este producto sea el territorio nacional. La FNE considera apropiado calificar el territorio del mercado relevante como nacional²⁵.

II.3. DE LA ILICITUD A LA INEXISTENCIA DEL MERCADO DE LLAMADAS "ON NET": UN ARGUMENTO IMPOSIBLE.

²³ Informe FNE, V, pg. 16.

²⁴ Informe FNE, IV, pg.13.

²⁵ Informe FNE, IV, pg. 14.

Movistar califica el mercado de llamadas "on net" como ilícito. Con el ánimo de dar asidero a su calificación, Movistar entrega su particular interpretación acerca de determinadas normas de la legislación de telecomunicaciones que supuestamente habría infringido OPS²⁶. A continuación, Movistar busca sustentar su aserto en jurisprudencia administrativa y judicial que, en su personal interpretación, habrían desplegado conductas similares a las de OPS²⁷. Movistar no cita resolución o sentencia alguna que haya prohibido a OPS desarrollar su actividad en el mercado de las llamadas "on net", lo que resulta esencial para fundamentar su posición toda vez que en nuestro Estado de Derecho rige la libertad de emprendimiento, respetándose los límites contemplados en nuestra Constitución Política de la República.

Ambas líneas argumentales desarrolladas por la demandada corresponden a una interpretación privada y propia de Movistar y no obedecen a un pronunciamiento definitivo de autoridades públicas sectoriales del mercado de las telecomunicaciones ni a una sentencia emanada de nuestros Tribunales de Justicia. En síntesis, no se trata de una interpretación legal o auténtica ni judicial o por vía de decisión especial, esto es, emanada de autoridad pública competente, sino que de una elaboración privada e interesada, vertida con motivo de una defensa en el proceso antimonopólico que nos ocupa.

Parecería, entonces, que Movistar ha equivocado la sede en la cual han de debatirse tales argumentos, esto es, la instancia judicial adecuada para configurar un ilícito de las telecomunicaciones. En efecto, el TDLC no es ni puede ser la instancia para controvertir faltas a la Ley General de Telecomunicaciones, sino que es la sede para tratar injustos monopólicos de conformidad al Decreto Ley 211 y su consiguiente responsabilidad infraccional.

Sin embargo, lo anterior no corresponde a un error de sede judicial, sino a la intención de Movistar de persuadir a nuestro Tribunal Antimonopólico de que la siguiente inferencia es verdadera: atendido que el mercado de las llamadas "on net" es **ilícito**, éste es **inexistente**²⁸. La inferencia señalada, aunque reiterada en la Contestación Movistar a OPS múltiples veces, con negrita y en títulos, no por repetida y machacada se torna verdadera. En efecto, tal afirmación es ilógica, puesto supone una gravísima contradicción: lo ilícito no puede ser inexistente; primero algo ha de existir y después

²⁶ Contestación Movistar a OPS, Sección 1.1., pgs. 9-14.

²⁷ Contestación Movistar a OPS, Sección 1.1., pgs. 14-18.

²⁸ Contestación Movistar a OPS, Sección 1., pg. 3; Sección 1.4., pg. 27, y Sección 2, pg. 29.

podrá ser tildado de ilícito. Así, sostener que porque Movistar cree que el mercado de autos es ilícito, éste carece de existencia, resulta insostenible. Sin embargo, Movistar desearía que tal silogismo fuese real porque si el mercado fuera inexistente, no habría una libre competencia contra la cual atentar y si no hubiese tal bien jurídico "in concretum", todas las conductas perpetradas por Movistar y que hoy se hallan cuestionadas se volverían inocuas y el TDLC debería cerrar este proceso sin sancionar a nadie. Ésta es la alegre conclusión que Movistar llega a formular en su escrito: "Si no existe mercado relevante, es imposible la existencia de competencia y de conductas que atenten contra ella"²⁹.

La realidad es más compleja: hay mercados en los cuales hipotéticamente algún actor podría cometer faltas contra la legislación de telecomunicaciones y no por ello desaparecería el mercado ni las conductas desplegadas en el mismo y si tales conductas vulneran la libre competencia, no precluye el deber legal del TDLC de sancionar los injustos monopólicos allí perpetrados. En efecto, la competencia de los organismos antimonopólicos y primariamente la del TDLC subsiste siempre para conocer injustos monopólicos, aunque unos mismos hechos den lugar a diversos ilícitos cuyo conocimiento corresponda a diversas sedes³⁰.

En efecto, el mercado de las llamadas on net y sus sustitutos existe y allí se han perpetrado las conductas objeto de la presente litis antimonopólica. Asimismo, existen oferentes y demandantes de las llamadas "on net" y existen actores verticalmente integrados – entre los cuales se cuenta Movistar – que tienen especial interés en la evolución de este mercado. Por lo anterior, incluso en el evento que hubiese alguna falta a la legislación de las telecomunicaciones, ello no permite plantear el absurdo de que el mercado sea inexistente.

Coherente con la sorprendente idea de que por ser ilícito este mercado sería inexistente, Movistar pasa a afirmar que "el único mercado relevante posible en materia de telefonía móvil es el de la prestación de servicio público telefónico móvil conforme a la normativa vigente. En este mercado, hasta el momento los únicos competidores de TMCH [Movistar] son ENTEL PCS, Claro y Nextel."³¹. Luego, Movistar plantea la inexistencia de los oferentes de llamadas "on net", en abierta

²⁹ Contestación Movistar a OPS, Sección 2, pg. 29. Asimismo, Sección 2, pg.30.

³⁰ Dictamen 930 y Dictamen 1024, ambos de la Comisión Preventiva Central.

³¹ Contestación Movistar a OPS, Sección 1.4., pg. 21.

contradicción con el Informe FNE³² y lo observado en la realidad. Se repite, así, el curioso salto lógico ya visto: lo que Movistar considera ilícito para los efectos de la legislación de las telecomunicaciones no existe para ningún efecto jurídico, ni siquiera para efectos del derecho de la libre competencia y su tutela a través del Decreto Ley 211. Inquieta, ciertamente, que Movistar se autoerija en autoridad pública multisectorial y tribunal a la vez para afirmar qué es lícito y qué ilícito en todo orden de materias (desde las telecomunicaciones hasta el orden antimonopólico) en circunstancias que existen autoridades públicas dotadas de potestades para dirimir estos asuntos. Más preocupante aún resulta que Movistar ahora decida en su escrito qué existe y qué no existe (sostiene que no existe el mercado de los llamados "on net" y tampoco los oferentes de tales llamados; habrá que suponer, entonces, que los demandantes tampoco existen...).

En esta aproximación binaria a la realidad, Movistar parece haber identificado los ilícitos de las telecomunicaciones con los ilícitos monopólicos. El objeto de esta litis consiste en la comisión de ilícitos monopólicos por parte de Movistar, los cuales continúan siendo ilícitos monopólicos aunque Movistar los perpetre contra quienes hipotéticamente y al propio decir de Movistar habrían incurrido en faltas contra la legislación de las telecomunicaciones. En otras palabras, la responsabilidad monopólica de quien atenta contra la libre competencia no se desvanece por la circunstancia de que la víctima - al decir de Movistar - haya cometido faltas contra la legislación de las telecomunicaciones. Más aún, debe sancionarse con especial rigor a quien toma la ley antimonopolio en sus manos como herramienta para sancionar a quien se cree está faltando a ciertas normas de telecomunicaciones, puesto que la autotutela está proscrita en nuestro derecho (tanto en el ámbito de las telecomunicaciones como en el orden antimonopólico), salvos casos excepcionalísimos. Esta materia será desarrollada en la Sección V de este informe.

III. EJERCICIO EFECTIVO DE PODER DE MERCADO: UNA RELACIÓN CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

³² Informe FNE, IV.2., pg. 14.

En el caso de autos observamos que Movistar constituye una OME con significativa participación en el concentrado mercado de la telefonía móvil. Movistar participa también en el mercado de las llamadas "on net", lo que le permite ostentar una cómoda situación en lo que respecta al insumo minutos de telefonía móvil (lo cual constituye la operativización de la plataforma móvil ya descrita como facilidad esencial), toda vez que se halla verticalmente integrada.

III.1. UNA SINGULAR RELACIÓN CONTRACTUAL

Movistar también tiene una singular relación con sus competidores del mercado de llamados "on net": celebra con ellos contratos mediante los cuales les suministra minutos de telefonía fija, lo que realiza como consecuencia de que es dueña de una plataforma móvil y, por tanto, es calificada como OME.

Así, OPS ha contratado planes de telefonía móvil con Movistar, los cuales, según hemos explicado, constituyen un insumo esencial para competir en el mercado de las llamadas "on net".

La relación contractual OPS-Movistar se origina en junio del 2003, específicamente el plan GT3, Contrato I, contemplándose la siguiente estructura base de precios³³:

\$65	minuto a móviles de la misma compañía
\$116	minuto a móviles de otras compañías
\$3.900	por cargo fijo

Sobre esta base se aplicaban descuentos por volumen facturado, los cuales eran alcanzados por OPS en consideración al significativo tráfico comercializado.

Esta estructura base es muy semejante a la contratada en octubre de 2003 por OPS con Bellsouth (antecesora legal de Movistar), Contrato II (\$69 minuto a móviles de la misma compañía y \$110 minuto a móviles de otras compañías y un cargo fijo que descendía por volumen a \$ 1000).

Las modificaciones que el contrato OPS-Movistar (Contrato I) sufrió posteriormente (2004 con Plan PEX) contemplaron significativos

³³ Demanda OPS, 3.1.1.1. y 3.1.1.2., pgs. 10-15.

descuentos – de hasta un 26% - respecto de la versión original.

La relación contractual con Movistar cambia radicalmente a partir de 2006, puesto que ese año Movistar:

- i) Introduce una cláusula que le permite modificar unilateralmente los precios de la convención vigente entre ambos competidores (Relación OPS-Movistar (Contrato I))³⁴.
- ii) Dicha cláusula es luego empleada por Movistar para provocar un sustantivo incremento de precios (subida de un 86%) en las llamadas que se producían entre celulares pertenecientes a la misma red de Movistar. Cabe recordar que estas llamadas al ser "on net" carecen de costo por pago de cargos de acceso. Dicha subida resultó explicada, en parte, como consecuencia de la eliminación de los descuentos por volumen antes mencionados (Relación OPS-Movistar (Contrato I)).
- iii) Luego se realiza otro incremento de precio; esta vez en el contrato que OPS había suscrito con Bellsouth (Contrato II), bajo el Plan Super Empresa. Dicho incremento de precio incide en las llamadas "on net" (pasan de \$42 a \$65 por minuto) y en el cargo fijo (se establece en \$5.000 por línea).
- iv) Estos incrementos de precios acompañados de la eliminación para OPS de los descuentos por volumen producen un singular efecto. OPS acaba pagando más que otros competidores del mercado de las llamadas "on net" que también tienen contratos con Movistar y cuya contratación de planes es notoriamente inferior. En otras palabras, no sólo se eliminan los descuentos por volumen, sino que aparece en el comparativo con la competencia un recargo por volumen.

OPS carece de poder de negociación para rechazar: a) la cláusula que le permite modificar unilateralmente los precios de la convención vigente entre ambos competidores (Relación OPS-Movistar (Contrato I)) y b) para rechazar todos y cada uno de los incrementos de precios efectuados unilateralmente. El motivo por el cual OPS no puede

³⁴ Así es reconocido expresamente en Contestación Movistar a OPS, Sección 4, letra a), pg. 37. La circunstancia de que Subtel haya emitido la Resolución Exenta N°458 de 2004 reconociendo la facultad de incrementar los precios es irrelevante para la configuración de un incremento de precios arbitrarios. En efecto, Subtel no ha autorizado una conducta arbitraria como parece sugerir Movistar, sino que antes bien ha constatado una facultad, resultando responsabilidad exclusiva de Movistar el cómo ejercita esa facultad. Por lo demás, bien sabe Movistar que ninguna autoridad pública, y menos una de jerarquía administrativa, puede autorizar conductas arbitrarias, puesto que ello les está prohibido por la Constitución Política de la República (artículo 19 N°2 y n°22) y por el Decreto Ley 211 (artículos 3 y 4).

efectuar tales rechazos es simple: no contar con planes de telefonía móvil de Movistar importa privarse de un insumo esencial para competir en el mercado de las llamadas "on net".

Cabe recordar que la FNE ya había constatado la importancia de Movistar y el poder de mercado que ostenta: la demandada capta *"alrededor del 45% del tráfico, lo que obviamente le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular de las empresas de celulines, que requieren acceder a las tres redes, en especial a la mayor, para operativizar su negocio."*³⁵

En efecto, los llamados a teléfonos móviles de Movistar importan un alto porcentaje del tráfico del mercado "on net" desde el momento en que la mayor red de telefonía móvil pertenece a Movistar; de allí que el hallarse privado de planes de telefonía móvil de esa compañía importaría para OPS, en términos prácticos, la pérdida de una significativa porción de su clientela del mercado de llamados "on net". Por la misma razón, un incremento en precios determinado unilateralmente por Movistar impacta directamente en los costos de provisión del producto "llamadas "on net"".

En un escenario de privación de los planes de telefonía móvil pertenecientes a Movistar, OPS quedaría relegada a comercializar llamadas "on net" que se vinculen a la red móvil de ENTEL PCS y de Claro, con la consiguiente restricción en su libertad de competencia mercantil y artificial degradación de la calidad de su producto.

Esto se traduce en que, tal como concluye acertadamente la FNE, *"la demandada [Movistar] tiene poder de mercado respecto de la empresas de celulines, el que se ve reforzado con las barreras a la entrada existentes."*³⁶

III.2. UNA SINGULAR RELACIÓN EXTRA CONTRACTUAL

Las prácticas desarrolladas por Movistar respecto de OPS no se agotan en el orden contractual, sino que se extienden a lo extracontractual. En el orden extracontractual y semanas después de las mencionadas alzas unilaterales de precios, cabe observar dos prácticas perpetradas por Movistar: i) bloqueo de tarjetas SIM solicitadas por OPS y ii) negación de servicios a OPS que sí son provistos a terceros diferentes.

³⁵ Informe FNE, IV, pg. 13 y IV.3., pg. 14.

³⁶ Informe FNE, V, pg.16.

III.2.1. BLOQUEO DE TARJETAS SIM

Con fecha abril de 2006 OPS solicitó a Movistar el reemplazo de treinta y siete tarjetas SIM en atención a que éstas se encontraban bloqueadas y, por tanto, no podían generar llamadas telefónicas. Afirma OPS que Movistar demoró dos semanas en el desbloqueo de tales tarjetas. Asimismo, se dice en la Demanda OPS que la demora en desbloquear tarjetas se repitió en dos oportunidades adicionales³⁷. Movistar niega que tales bloqueos hayan ocurrido³⁸, lo cual queda contemplado en el auto de prueba y será, por tanto, objeto de las probanzas respectivas. De haber tenido lugar tales bloqueos, no cabe duda que éstos exhibían la capacidad de mermar la aptitud de competir de OPS en el mercado de las llamadas "on net".

III.2.2. NEGATIVA DE SERVICIOS A OPS

Con fecha abril de 2006 OPS solicitó a Movistar la transferencia de 121 servicios desde tecnología analógica a tecnología digital. El objetivo de dicha solicitud era prevenir riesgos de clonación de los equipos respectivos y otorgar, en consecuencia, un producto de mejor calidad en el mercado de las llamadas "on net". Señala OPS que Movistar argumentó que ello no era factible, puesto que no se encontraban en proceso de migración de tales servicios. Precisa OPS que dicha argumentación resultó contradictoria con lo indicado por el Account Manager de Grandes Corporaciones de la propia Movistar, quien señaló que no existía inconveniente en acceder a lo solicitado³⁹. Como resultado de lo anterior, OPS tuvo que dejar los 121 servicios sin utilizar, situación que se extiende hasta el día de hoy, a fin de no exponer a su clientela a un riesgo de clonación.

Movistar rechaza que haya existido tal negativa de servicios por la vía de señalar que OPS nunca efectuó una solicitud de migración⁴⁰; situación que, de conformidad con el auto de prueba, exigirá las probanzas respectivas.

³⁷ Demanda OPS, 3.2.1., pgs. 15-16.

³⁸ Contestación Movistar a OPS, Sección 4, letra b), pg. 38.

³⁹ Demanda OPS, 3.2.2., pg. 16.

⁴⁰ Contestación Movistar a OPS, Sección 4, letra c), pg. 39.

IV. ABUSO DE PODER DE MERCADO: DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA MONOPÓLICA (DAM)

Cumple recordar que el principio jurídico de la igualdad presenta dos fórmulas: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Su quebrantamiento es genéricamente conocido como discriminación arbitraria, esto es, discriminación contraria a derecho, en atención a que desconoce los títulos jurídicos exigidos por el régimen de disparidad de que se trate. Así, la discriminación arbitraria consiste en dos modalidades transgresoras: i) tratar desigual a iguales y ii) tratar igual a desiguales⁴¹.

En armonía con lo dispuesto constitucionalmente⁴², la violación del principio de igualdad o de no discriminación arbitraria en sus modalidades i) y ii) exige que el trato dado carezca de razonabilidad o justificación adecuada. La Demanda OPS postula que Movistar ha perpetrado un cúmulo de discriminaciones arbitrarias correspondientes a la modalidad i), esto es, tratar desigual a iguales. Los iguales serían los clientes de Movistar que celebran contratos de suministro telefónico móvil.

La desigualdad de trato padecida por OPS presentaría tres aspectos: cobrar precios altos, injustificados y abusivos, realizar exclusiones y efectuar negativas de ventas de servicios, en circunstancias que no todos los adquirentes de suministro telefónico móvil han recibido ese mismo trato. Este trato será analizado en el capítulo IV.1.

Esta desigualdad de trato sería arbitraria al carecer de justificación jurídica y económica. Dicha arbitrariedad será estudiada en el capítulo IV.2.

Estas discriminaciones arbitrarias serían vulneradoras de la libre competencia adquiriendo, en consecuencia, el adjetivo de monopólicas y, resultando así, competencia del TDLC. La vulneración de la libre competencia será abordada en el capítulo IV.3.

⁴¹ Domingo Valdés Prieto, "La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico", Santiago, Editorial LexisNexis (Jurídica Conosur), 1992.

⁴² Artículo 19 N°2 y N°22 de la Constitución Política de la República.

IV.1. DESIGUALDAD DE TRATO SUFRIDO POR OPS

Mediante la Demanda OPS se imputa a Movistar la perpetración de un cúmulo de prácticas constitutivas de diversas modalidades de injustos monopólicos de abuso de posición dominante, en su específica forma de discriminación arbitraria monopólica (DAM): i) alzas injustificadas y abusivas en los precios, acompañadas de recargos por volumen, ii) bloqueos de elementos básicos para la prestación de servicios provistos por OPS y iii) negaciones de servicios consistentes en la transferencia de 121 servicios a tecnología digital.

Como puede apreciarse, el objeto de las DAMs imputadas a Movistar no se refiere exclusivamente a cláusulas contractuales (entre las cuales se hallan los precios), sino que también se extiende a situaciones donde no existe una relación contractual, v.gr., negativas de venta (situación iii)). Es por ello que las DAMs se estructuran en función del "trato" que se da por parte de quien ocupa una posición dominante y este trato comprende toda clase de cláusulas contractuales, estén o no referidas al precio, y toda suerte de prácticas o situaciones de hecho aún cuando éstas no obedezcan a lo previsto convencionalmente o incluso en ausencia de vínculo convencional.

Para que nos hallemos ante una DAM resulta necesario, en la doble fórmula explicada precedentemente, que: i) existan diferentes tratos – contractuales o extracontractuales – con contenido mercantil (o existan iguales tratos); ii) dichos diferentes tratos (o iguales tratos) se apliquen a transacciones iguales o semejantes (se apliquen a transacciones diferentes); y iii) dichas diferencias (igualdades) en tratos carezcan de justificación jurídica o económica, quedando como consecuencia de aquéllas uno o más competidores lesionados o amenazados en su libertad de competencia mercantil⁴³.

Corresponde señalar que la Demanda OPS imputa a Movistar la perpetración de DAMs en sus dos categorías objetivas: la "directa" y la "indirecta".

⁴³ Esta idea se encuentra en la jurisprudencia antimonopólica de la Comunidad Económica Europea: "The prohibition of discrimination laid down in Article 40(3) of the treaty is merely a specific enunciation of the general principle of equality which is one of the fundamental principles of Community Law. It requires that similar situations shall not be treated differently unless differentiation is objectively justified". Reports of Cases before the Court 1986-10. Luxembourg. Joined cases 201 and 202/85, pág.347.

La DAM directa es aquélla en que se construye el trato arbitrariamente diferenciador o igualador a través de precios, entendiendo por éstos prestaciones dinerarias.

La DAM indirecta es aquélla en que se construye el trato arbitrariamente diferenciador o igualador no a través de los precios, sino que mediante prestaciones no dinerarias, cualquiera sea la fuente normativa de éstas (contractual o extracontractual). Estas prestaciones no dinerarias también presentan un valor económico mensurable monetariamente y, por tanto, pueden ser computadas para determinar si existe DAM.

La Demanda OPS plantea que habría DAMs indirectas consistentes en i) bloqueos de elementos básicos para la prestación de servicios provistos por OPS y ii) negaciones de servicios consistentes en la transferencia de 121 servicios a tecnología digital y una DAM directa consistente en alzas injustificadas y abusivas en los precios, acompañadas de recargos por volumen. Comenzaremos nuestro análisis por las DAMs indirectas que la Demanda OPS imputa a Movistar.

IV.1.1. NEGATIVAS DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS POR MOVISTAR.

La negativa de Movistar a la solicitud efectuada por OPS para la transferencia de 121 servicios desde tecnología analógica a tecnología digital. Este trato fue desarrollado en el capítulo III.2.2. precedente.

Una forma de DAM consiste en una negativa de contratación injustificada. Este ilícito consiste en negarse, sin una justificación razonable, a contratar por parte de quien ostenta una posición dominante, provocando así un impedimento a un cliente (abuso de poder monopólico) o a un proveedor (abuso de poder monopsónico) para acceder libremente y en igualdad de condiciones con sus respectivos competidores al abastecimiento o suministro de bienes o servicios esenciales para el desarrollo de su actividad económica⁴⁴.

Toda negativa de contratación debe hallarse fundamentada en los criterios que la jurisprudencia permite invocar al efecto⁴⁵. El primero y más elemental de tales criterios consiste en que se podrá denegar la contratación al interesado que no acepte las condiciones generales, objetivas y razonables establecidas para comercializar su producto.

⁴⁴ Sentencia 16/2005 del TDLC, considerando 24, y Dictamen 1016/1997 de la Comisión Preventiva Central.

⁴⁵ Sentencia 7/2004 del TDLC, resoluciones 3 y 4.

Sin embargo, éste no fue el caso de OPS puesto que esta compañía estaba dispuesta a seguir las condiciones generales, objetivas y razonables que existieren en la materia. Sin embargo, OPS no recibió el mencionado servicio a pesar de haberlo solicitado. Ya hemos advertido que, ante dicha afirmación, Movistar sostiene que tal servicio no le fue requerido.

IV.1.2. BLOQUEOS DE ELEMENTOS BÁSICOS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Con fecha abril de 2006 OPS solicitó a Movistar el reemplazo de treinta y siete tarjetas SIM en atención a que éstas se encontraban bloqueadas y, por tanto, no podían generar llamadas telefónicas. Afirma OPS que Movistar demoró dos semanas en el desbloqueo de tales tarjetas. Asimismo, se dice en la Demanda OPS que la demora en desbloquear tarjetas se repitió en dos oportunidades adicionales⁴⁶. Este trato fue desarrollado en el capítulo III.2.1. precedente.

En este caso el trato dispensado por Movistar a OPS resulta claramente en un detrimento a esta última compañía. Si bien es cierto que no cabe, en la especie, hablar de negativa de venta de servicios, a nuestro juicio resulta procedente aludir a un entorpecimiento por vías de hecho – de naturaleza extracontractual – en contra de OPS. De esta forma, el trato en comento resulta constitutivo de un entorpecimiento de la libertad de competencia mercantil de OPS.

IV.1.3. ALZAS INJUSTIFICADAS Y ABUSIVAS EN LOS PRECIOS, ACOMPAÑADAS DE RECARGOS POR VOLUMEN

Este trato consistente en alzas en los precios de servicios de telefonía móvil, las cuales fueron acompañadas de recargos por volumen, fue desarrollado en el capítulo III.1. precedente.

Atendida la importancia que reviste este trato relativo a precios para el caso de autos, desarrollaremos con mayor detalle la denominada "discriminación de precios".

La noción de discriminación de precios ha sido notablemente explicada por Jean Tirole:

⁴⁶ Demanda OPS, 3.2.1., pgs. 15-16.

"...puede decirse que un productor discrimina en los precios cuando dos unidades de un mismo bien corporal son vendidas en diferentes precios, sea al mismo consumidor o bien a diferentes consumidores. Esta definición es insatisfactoria, puesto que algunas veces ésta deberá ser corregida o ampliada. Primero, considérese el caso de un productor de cemento que abastece un área geográfica determinada. A los costos del productor deben sumarse los costos de flete. Supóngase que el productor de cemento está verticalmente integrado y en consecuencia suministra su propio transporte. En este caso, un precio uniforme de entrega es discriminatorio, por cuanto los precios de entrega responden completamente a diferenciales en el costo de transporte y se trata de consumidores ubicados a diferentes distancias de la fábrica. En consecuencia, nosotros diremos que no hay discriminación de precios si las diferencias en los precios cobrados a los consumidores reflejan exactamente las diferencias en el costo de abastecer a tales consumidores"⁴⁷

Así, la discriminación de precios no consiste necesariamente en precios diferentes, sino que también puede consistir en precios iguales a productos cuyos costos son desiguales. Siguiendo dicho raciocinio, el TDLC ha sentenciado con gran acierto que:

*"... la diferenciación de precios per se no es anticompetitiva y que incluso podría ser necesaria para el funcionamiento de un mercado..."*⁴⁸

Sobre el particular profundiza Louis Phlips: "Si es cierto que ambos, la diferenciación en los productos y la dispersión en el precio, pueden tener lugar en cualquier mercado de productos, la discriminación de precios debe ser definida considerando que dos unidades de un producto son vendidas (por el mismo vendedor) a dos compradores en precios netos diferentes, siendo el precio neto (pagado por el comprador) aquél vinculado al costo asociado a la diferenciación del producto"⁴⁹. Concluye Phlips: " Nuestra definición implica que las personas son discriminadas sólo si ellas pagan un precio neto más alto"⁵⁰.

⁴⁷ Jean Tirole, "The Theory of Industrial Organization", pág. 133. The MIT Press, 1988.

⁴⁸ Sentencia 29/2005 del TDLC, considerando 46.

⁴⁹ Louis Phlips, "The Economics of Price Discrimination", pág. 6, Cambridge University Press, 1983

⁵⁰ Louis Phlips. "The Economics of Price Discrimination", pág. 18, Cambridge University Press, 1983.

En este mismo sentido, Richard Posner afirma que una "discriminación de precios es vender a un precio o precios tales que el ratio precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas"⁵¹.

Cabe extraer de lo señalado por tales autores el corolario de que hay discriminación de precios si dos productos semejantes, pero con precios netos (o ratios precio/coste marginal) diferentes, son vendidos en precios idénticos. Asimismo, hay discriminación de precios si dos productos semejantes con precios netos idénticos son vendidos en precios diferentes. En síntesis, para que exista una discriminación de precios reprochable es necesario que el precio de venta no guarde relación con el precio neto.

Por otra parte, la cantidad del producto es esencial; así, resultaría equivocado considerar a un comprador mayorista igual que a uno minorista. Esto se explica desde el punto de vista del objeto de la transacción en el sentido de que el producto comprado no es el mismo si sus cantidades tienen la diferencia suficiente como para generar una economía en los costos del vendedor. Esto adquiere una consideración especial en el caso que nos ocupa: la economía en los costos de Movistar que puede asociarse al incremento en el volumen de los servicios demandados por OPS, no se refleja en los precios que Movistar cobra a OPS. Por el contrario, se produce el trato opuesto: a mayor volumen adquirido por OPS más suben los precios. Esta situación ciertamente constituye una discriminación arbitraria que va exactamente en el sentido opuesto de la racionalidad económica consistente en reflejar en los precios las economías que el proveedor experimenta en sus costos.

Se llama "iguales" a quienes demandan un mismo producto⁵². De lo que se sigue que la igualdad en el trato debe fundarse en el bien demandado y sus costos y no en características subjetivas irrelevantes de las personas que los demandan⁵³, v.gr., si el demandante es un competidor del oferente o no. Así, Movistar tiene el deber jurídico de

⁵¹ Richard Posner, "Antitrust Law. An Economic Perspective", pg.62, The University of Chicago Press, London, 1976.

⁵² La expresión "producto" involucra la naturaleza del bien en cuestión, los términos contractuales que lo rodean y otros factores, como la etapa productiva de que se trata y los riesgos y costos aparejados a su producción u oferta. Basta que ciertos aspectos del producto o de la operación no sean objetivamente similares para que no se trate del mismo bien en un sentido económico.

⁵³ Resolución 31 de la Comisión Resolutiva, considerando 9: "Así, la compraventa, que es el acto típico del comercio, exige que no se discrimine entre compradores y que las distintas condiciones que puedan acompañar a una y a otra compraventa obedezcan a las diferencias objetivas que existan entre ellas, como volumen o cantidad vendida, forma de pago, línea completa de productos".

tratar de la misma forma a OPS (competidor de Movistar) que a otro demandante que no revista la calidad de competidor de Movistar.

La tutela de la igualdad en el ejercicio de la libertad de competencia mercantil, misión del TDLC y de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) por mandato del Decreto Ley 211⁵⁴, no debe confundirse con un intento de acabar con las diferencias entre competidores o entre categorías de competidores que son connaturales a la existencia de cualquier mercado. Asimismo, dicha tutela tampoco ha de identificarse con un amago de equiparar artificialmente, en sus respectivos costos, productos significativamente diversos. El principio jurídico de la igualdad debe ser respetado por los privados, pero especialmente por las autoridades públicas.

De lo expuesto resulta que los precios o tarifas son discriminatorios (empleando el lenguaje económico) o arbitrariamente discriminatorios (empleando el lenguaje jurídico) en la medida en que importen precios netos diferentes, esto es, que el ratio precio/coste marginal sea diferente en las diferentes ventas. En síntesis, no existen los precios o tarifas discriminatorios por la sola circunstancia de que aquéllas sean diferentes, sino que resulta esencial establecer la falta de fundamentación de semejante diferenciación.

Esto nos lleva a formular dos conclusiones estrechamente vinculadas. La primera: un mayor volumen de bienes o servicios demandados por un cliente (OPS) puede o no impactar en los precios que éste ha de pagar; dicho impacto ha de establecerse en función de la economía que semejante volumen total implique para los costos del oferente (Movistar). Luego, y ésta es la segunda conclusión, de producir el volumen demandado una economía en los costos del oferente (Movistar) carece de racionalidad económica que éste trate de la misma forma a dos clientes – cuyos volúmenes demandados causan economía de costos diferentes en el vendedor - y que, por tanto, no pertenecen ni pueden pertenecer a la misma categoría de “iguales”. Tratar de la misma forma a tales clientes constituiría una discriminación arbitraria monopólica proscrita por el Decreto Ley 211.

IV.2. ARBITRARIEDAD DEL TRATO DESIGUAL SUFRIDO POR OPS

⁵⁴ Decreto Ley 211, artículo 1, inciso primero.

Atendido que toda infracción genérica del principio jurídico de la igualdad recibe la denominación de discriminación arbitraria, toca esclarecer el alcance de la expresión "arbitraria" que modifica el sustantivo discriminación.

El adjetivo "arbitrario" o "arbitraria" está empleado en el sentido de proceder o incluir arbitrariedad y el sentido natural y obvio de esta última palabra es: "*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho*"⁵⁵. Esta definición refiere a lo injusto, a lo ilegal y a lo irracional, todos ellos términos opuestos a la justicia. De allí que toda discriminación injusta, ilegal o irracional en el sentido de carecer de justificación y sentido, resulta arbitraria⁵⁶.

Esta acepción del término "arbitrario" ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Excma Corte Suprema: "*...corresponde considerar que un acto o proceder arbitrario es aquél contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho...*"⁵⁷.

La Constitución Política de la República y la legislación antimonopólica semejan, desde un punto de vista de la discriminación arbitraria, en cuanto que ambas buscan proscribir las discriminaciones carentes de justificación. Así lo declara expresamente nuestro máximo Tribunal de la República: "*La discriminación reprochable para la Constitución Política de la República y las leyes, entre ellas la Ley Antimonopolios, es la discriminación arbitraria, esto es, la que carece de justificación*"⁵⁸.

⁵⁵ Diccionario de la Lengua Española, pág. 118, Tomo I, Vigésima Edición, Madrid, 1984, Ed. Espasa-Calpe.

⁵⁶ Con todo, debe tenerse presente que la voz en comento tiene otras significaciones bastante alejadas de las antes mencionadas y que no utilizaremos a lo largo de este informe por no guardar conexión con las DAMs en análisis. En efecto, el vocablo "arbitrario" se utiliza en dos acepciones irrelevantes para la interpretación constitucional y antimonopólica: i) como sinónimo de arbitral, y ii) como aquello que depende del arbitrio o voluntad. Por último, cabe constatar una última significación que, si bien muestra mayor cercanía a las garantías constitucionales relativas a la DAM, resulta demasiado restringida puesto que se reserva o refiere sólo a autoridades públicas.

⁵⁷ Sentencia de la Excma Corte Suprema de 21 de junio de 2001, Rol 862-2000, Sáez Marín, Verónica, en Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Confrontar, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVIII, Sección V, pgs. 105 y stes, Santiago, abril-junio 2001. En el mismo sentido, la Excma Corte Suprema de la República ha señalado: "*...es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional*". Sentencia de la Excma Corte Suprema de 15 de junio de 1988, R., t.85, sec 5ª, p.97. Confrontar, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Constitución Política de la República, pg. 30, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

⁵⁸ Sentencia de la Excma Corte Suprema de 5 de mayo de 1987, R., t.84, sec 6ª, p.47. Confrontar, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Constitución Política de la República, pg. 32, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

La discriminación de precios desarrollada por los economistas no lleva el adjetivo "arbitraria", lo que resulta explicable atendido que no compete a la Economía pronunciarse acerca de lo justo y lo injusto. Desde una perspectiva jurídica la situación en la legislación antimonopólica es diversa: existe un bien jurídico a proteger, el cual se halla definido como Libre Competencia y es, por tanto, ajeno al paradigma económico del mercado perfecto, y cuyos atentados o lesiones reciben el nombre genérico de injusticias. Así, la discriminación de precios relevante al derecho es la injusta, en los términos exigidos por el Decreto Ley 211 -que tutela la Libre Competencia- y que resulta prohibida no sólo a los privados sino que también y especialmente a las autoridades públicas por mandato del artículo cuarto del Decreto Ley 211⁵⁹ y de la Constitución Política de la República.

Un trato diferenciado, como los que señala la Demanda OPS, para alcanzar la connotación de arbitrario en el sentido empleado requiere demostrarse alternativamente como: i) contrario a la razón y caprichoso o carente de fundamento, susceptible éste de ser formulado jurídica o económicamente; ii) contrario a las leyes, esto es, que contraviene alguna norma que específicamente prohíba elevar los precios unilateralmente, denegar servicios o bloquear elementos básicos para la prestación de servicios; o iii) contrario a la justicia - y o la equidad- y el bien común nacional.

Nos centraremos en el análisis de las alternativas i) y iii), las cuales se presentan en la especie estrechamente vinculadas. En efecto, la carencia de un fundamento razonable o título justificativo del trato diferenciado constituye a este último en un acto contrario a la justicia antimonopólica, según veremos.

Atendido que Movistar controvierte en autos la existencia del bloqueo de tarjetas SIM y de la negativa de servicios descritas en la Demanda OPS, sólo procede ocuparse en este capítulo - relativo a la arbitrariedad - del alza de precios, que es el único trato diferenciado reconocido por Movistar. De ello se sigue que no existe disputa acerca de que tales alzas existieron, centrándose así la controversia en si las justificaciones invocadas por Movistar son realmente razonables desde

⁵⁹ Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", Sección IV, 4.2, El Monopolio de Privilegio, pgs. 457-508, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

la óptica del Derecho de la Libre Competencia o si, por el contrario, encubren finalidades reprochables a la luz de ese bien jurídico.

Movistar sostiene que el alza de precios impuesta a OPS es justificada por la siguiente razón: "...en cuanto a la discriminación de precios alegada, dicha conducta no existe por cuanto el alza de las tarifas [precios] obedece a la inusual conducta desplegada por OPS, que originó que se concentrara el tráfico en una(s) celda(s) y que el costo eficiente calculado al contratar ya no lo fuera, debiendo modificarse las tarifas [precios] de acuerdo a lo estipulado en el respectivo contrato y debidamente suscrito por OPS."⁶⁰

No nos pronunciamos acerca del argumento técnico de que al concentrar altas cantidades de tráfico en un solo punto colapsa la red impidiendo al resto de los usuarios utilizarla conforme a los estándares de calidad exigidos por la autoridad sectorial, asunto sobre el cual se extiende con latitud el Informe FNE y cuyas partes más relevantes procedemos a transcribir. Sin embargo, y antes de entrar al fondo del argumento técnico, estimamos procedente realizar dos observaciones: i) Si tal saturación es consecuencia de la operatoria de las empresas de celulines, ¿por qué Movistar subió exorbitantemente los precios tres años después de la celebración del primer contrato? y ii) ¿cómo Movistar, una empresa sofisticada y con experiencia en el rubro, no se dio cuenta de que tal saturación – supuesto fuese real - era consecuencia de que tales empresas operaban como celulines? Parece más creíble que Movistar sí sabía que tales empresas eran celulines y por ese motivo subió los precios. Esto resultaría contradictorio con la declaración efectuada por Movistar de que ella se entera tan solo con la Demanda OPS de que OPS era una empresa de celulines y de que OPS venía actuando como tal desde hace años.

En relación con el fondo del argumento técnico invocado por Movistar, ha señalado la FNE:

*"No parece existir justificación económica razonable para el alza de precios sólo a esta categoría de clientes. De hecho, esta categoría de clientes no se diferencia de las demás, de modo que no existe en realidad como tal categoría"*⁶¹.

⁶⁰ Contestación Movistar a OPS, Sección 5, pg. 40.

⁶¹ Informe FNE, V, pg. 16.

A continuación la FNE se hace cargo de cada una de las explicaciones vertidas por Movistar para intentar sustentar las alzas de precios en los contratos suscritos con OPS. Señala la FNE en sus párrafos más destacados⁶²:

*“La explicación técnica que se ha vertido, en cuanto a que al concertar altas cantidades de tráfico en un solo punto, colapsa la red impidiendo al resto de los usuarios utilizarla conforme a los estándares de calidad en uso, **no resulta correcta**, toda vez que la circunstancia que un equipo móvil se mantenga estacionario o se utilice con movilidad no produce otra variación en el diseño de la red que la concentración de las unidades de tráfico que están en las estaciones base.”* (el destacado es nuestro).

*“**Tampoco parece acertado el argumento** en orden a que los terminales están diseñados para realizar llamadas y también recibirlas, de modo que cuando solo realizan tráfico de salida, obligan a ajustar la tarifa al consumo de manera de hacer más eficiente la utilización de la red. **El argumento**, que no parece sostenerse en variaciones de costos verificables, **desconoce además** la existencia de empresas de servicios GPS, que de manera idéntica solo utilizan la red para generar tráfico de salida (de datos), por ejemplo.”* (el destacado es nuestro).

*“**En consecuencia, el alza de tarifas sólo a las empresas de celulares, de ser efectiva, podría calificarse como un abuso destinado a apropiarse de las ganancias de estas empresas.**”* (el destacado es nuestro)

En síntesis, cabe observar que el alza de precios efectuada por Movistar se intenta explicar en autos a través de un argumento técnico que es rechazado categóricamente e ilustradamente por el Informe FNE y que, ciertamente, de haber sido efectivo invita, a lo menos, a la formulación de varias interrogantes. Si tal argumento técnico es rechazado por el TDLC, faltará una adecuada justificación, esto es, acorde con la justicia, la razón o las leyes para un trato desigual en los precios modificados unilateralmente por Movistar. Si falta dicha justificación tales precios incrementados por Movistar serán considerados como constitutivos de una discriminación arbitraria por falta de objetividad⁶³.

⁶² Informe FNE, V, pgs. 17-18.

⁶³ Sentencias 7/2004, 26/2005, 27/2005, 9/2006 y 38/2006, todas del TDLC.

Un trato desigual o igual, carente de justificación jurídica o económica, para una pluralidad de competidores actual o potencial calificables de iguales o desiguales, según corresponda, es considerado por el TDLC una DAM⁶⁴.

IV.3. VULNERACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA POR EL TRATO ARBITRARIAMENTE DESIGUAL SUFRIDO POR OPS

La FNE, luego de objetar a través de razones técnicas el argumento que Movistar había dado para intentar sustentar las alzas de precios en los contratos suscritos con OPS, pasa explicar por qué tales alzas de precios vulneran la libre competencia. Señala la FNE en sus párrafos más destacados⁶⁵:

*“Por otra parte, en el contexto referido, las alzas discriminatorias de precios que habría aplicado TMCH a las empresas de celulines, podría encuadrarse en lo que se ha dado en llamar una **estrategia de estrangulamiento de márgenes, práctica exclusoria** que se vería reforzada, con las disminuciones en la calidad de servicio que alegan las demandantes, lo cual sería consistente con la oferta habitual de planes de la demandada, que antes realizaba a los clientes de aquéllas, y con la prestación de un servicio sustituto.*

El estrechamiento de márgenes, destinado a debilitar o expulsar a los competidores del operador integrado verticalmente en el mercado “aguas abajo”, requiere que no existan sustitutivos próximos para el factor productivo de ese operador, que es precisamente lo que acontece en este caso. Sólo es posible terminar una llamada en un usuario de la demandada por medio del uso de su red, y al ser esta red la que cuenta con mayor número de abonados, mayor es la posibilidad de que una llamada termine en ella. Si la demandada aumenta los precios, influye directamente, y en mayor medida que las otras dos operadoras, en los costos de las empresas conversoras. Al aumentar los precios, aumentan los costos, disminuyendo finalmente los márgenes de las empresas conversoras, domesticándolas, esto es, obligándolas a compartir sus ganancias, o bien expulsándolas, de modo de desplazar

⁶⁴ Sentencia 29/2005 del TDLC, considerandos 25 y 29 y resoluciones 2 y 3.

⁶⁵ Informe FNE, V, pgs. 18-19.

la demanda hacia los servicios que ella provee, los habituales o las soluciones de conversión que ha desarrollado.

Esta práctica eventualmente exclusoria no sólo afectaría a las empresas conversoras, sino que también al usuario final, pues reduciría las posibilidades de obtener un precio menor al vigente sin la actividad de conversión, privándolo de los beneficios de la competencia en este tramo.

*Por lo expuesto, y sin perjuicio de lo señalado en el capítulo I de este informe, **las conductas imputadas a la demandada, consistentes en la imposición a empresas conversoras de llamadas de red fija a red móvil o "celulines", de precios y otras condiciones discriminatorias, con el fin de abusar de su poder de mercado y hasta excluir del mismo a estas empresas, podrían infringir el artículo 3° del Decreto Ley N°211***".(los destacados son nuestros)

El autor de esta desigualdad de trato hacia "iguales" es Movistar. Si la justificación del alza de precios consistente en el mentado argumento técnico resulta rechazado por el TDLC, no cabría duda que el objetivo buscado por Movistar con el trato desigual dado a OPS sería el estrechamiento de márgenes de sus competidores en el mercado de las llamadas "on net" (entre tales competidores se halla OPS). De esa forma, Movistar lograría reducir los ingresos de estas empresas rivales, hostigarlas a través de las prácticas indicadas y "domesticarlas", en el sentido de doblegar su libertad de competencia mercantil generando una situación de subordinación o vasallaje. ¿Con qué finalidad? En virtud de este vasallaje Movistar obtendría que empresas vasallos – entre las cuales habría que contar a OPS y otras afectadas como ETCOM e Interlink - queden subordinadas en su favor (empresa dominante). La subordinación y reconocimiento de las empresas vasallos se traduciría en el pago de un "tributo" a favor de Movistar consistente en compartir sus márgenes con esta última. Cabe presumir que, de fracasar tal vasallaje o estimarse éste, en una etapa próxima, como inútil a los fines de Movistar, una opción factible sería expulsar a estos competidores del mercado de autos por la vía de un estrangulamiento total de sus márgenes.

A lo anterior debe añadirse el riesgo de que otras OMEs imiten las prácticas exclusorias de Movistar y por esta vía se acabe completamente con las empresas no integradas verticalmente que ofertan en el mercado de las llamadas "on net". Así, la propagación de estas prácticas podría dar lugar a una importante concentración del

mercado de las llamadas "on net" a favor de quienes se hallan verticalmente integradas (OMEs) y, por tanto, provocar que el mercado de las llamadas "on net" sea un mero reflejo de los altos niveles de concentración que se observan en el mercado de la telefonía móvil.

De confirmarse la falta de substancia del argumento técnico esgrimido por Movistar, las mencionadas alzas de precios quedarían configuradas como discriminaciones arbitrarias monopólicas (DAMs). Asimismo, si se acreditase en autos el bloqueo de tarjetas SIM y las negativas de servicios descritos en la Demanda OPS, éstas vendrían también a configurarse como DAMs y a confirmar el hostigamiento y vasallaje de que habría sido víctima OPS. Todas esas DAMs no sería otra cosa que la forma específica que asume el ejercicio abusivo del poder de mercado que Movistar ostenta en el mercado de las llamadas "on net".

La principal DAM se manifestaría en que Movistar aumentó en forma unilateral y exorbitante los precios (mal llamados tarifas) de los planes de telefonía móvil respecto de OPS y otras empresas oferentes de servicios de llamadas "on net" que al no hallarse verticalmente integradas están obligadas a contratar con Movistar u otra OME y que respecto de las llamadas que terminan en la red de Movistar no tienen más alternativa que contratar con esta última. Sintomáticamente tales aumentos de precios no alcanzaron a los demás contratantes de planes de telefonía móvil que no revestían la calidad de oferentes de llamadas "on net". El abuso resulta explicable toda vez que las empresas de conversión móvil se encuentran cautivas de las OMEs, atendido que aquéllas, por definición, carecen de plataformas móviles y, por tanto, dependen del acceso a los planes de todas las OMEs para competir en el mercado de las llamadas "on net". Este abuso es altamente atractivo para Movistar toda vez que fuerza a las empresas de celulines a compartir sus ganancias con ésta por la vía de abusar de las cláusulas contractuales que impone mediante su poder de mercado. Tales prácticas resultan atractivas a Movistar, puesto que al mantener en vigor los contratos que le vinculan a las empresas de celulines y emplear las cláusulas que le permiten cobrar precios exorbitantes en forma unilateral puede extraer de aquéllas rentas sobrenormales (parte de las utilidades correspondientes a las oferentes de llamadas "on net"). Las empresas de celulines no pueden trasladar íntegramente tales incrementos de precio a su clientela so riesgo de perderla. Esto acarrea un gravísimo efecto sobre la libre competencia: se incrementan indebidamente los precios al reducirse o domesticarse a los competidores y cabe observar que si esta

“domesticación” de las empresas de celulines resultase generalizada y eficaz, podríamos hallarnos ante un verdadero control de precios en el mercado de los llamados “on net” regulado por OMEs que dispongan de las mencionadas herramientas contractuales. Todo lo anterior no sólo produce un grave daño social sino que exhibe un fuerte potencial nocivo al provocar la aplicación de recursos económicos a bienes cuyos precios en un escenario de libertad de competencia serían inferiores. La “domesticación” o “vasallaje” se perfila como una instancia preparatoria de una regulación de precios de llamadas “on net” acompañada de la amenaza implícita de expulsión del mercado y cuya finalidad última apunta a compartir utilidades por algún tiempo (el que le parezca a la empresa dominante) o apropiarse del negocio en forma velada.

Esta conclusión es confirmada por la FNE, que señala: *“En este contexto, el alza de precios que habría aplicado TMCH [Movistar] exclusivamente a las empresas de celulines entre el año 2006 y el presente año, podría explicarse como un ejercicio de poder de mercado destinado a apropiarse de las rentas del negocio de celulines, sea directamente, esto es, domesticándolas, sea desplazándolas, de modo de desviar la demanda hacia los servicios sustitutos que ofrece o, más probablemente, hacia sus servicios habituales.”*⁶⁶.

Sobre estas prácticas contractuales ha razonado la FNE en los siguientes términos: *“Aquella práctica eventualmente exclusoria [alza de precios ya comentada] sería coherente con la disminución en la calidad del servicio prestado a las empresas de celulines, que alegan las demandantes”*⁶⁷.

Esta forma de DAM ya había sido anticipada – en términos de un riesgo – por el propio TDLC, el cual había constatado:

“la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, más la mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño-incluida la resultante de la operación consultada- a discriminar entre el precio de las llamadas on net y las llamadas off net. Así, esta discriminación de precios, aún cuando puede ser justificable en términos de costos, llevaría a la empresa a incrementar su posición dominante, perjudicando a las más

⁶⁶ Informe FNE, V, pg.16.

⁶⁷ Informe FNE, V, pg. 16.

*pequeñas y reduciendo la competencia en el mercado de la telefonía móvil*⁶⁸.

La Discriminación Arbitraria Monopólica (DAM) se inscribe en la categoría de ilícitos de abuso, esto es, aquéllos en los cuales se abusa o mal usa del poder de mercado que confiere una posición dominante. En la Sección V siguiente nos ocuparemos acerca de la eventual procedencia de alguna causal de justificación.

IV.4. TRANSPARENCIA, OBJETIVIDAD Y GENERALIDAD

No habría discriminación arbitraria en los tratos dispensados por Movistar a OPS, en tanto aquéllos cumplieran con las siguientes notas copulativas establecidas por nuestra jurisprudencia antimonopólica como una fórmula de operativizar la DAM: i) transparencia (carácter público o de general conocimiento), ii) objetividad (se atiende a la transacción misma y no a ciertas características irrelevantes de quienes participan en ésta) y iii) generalidad (carácter no discriminatorio y razonable para cada categoría de "iguales")⁶⁹. Revisaremos cada de estas notas para concluir que Movistar no habría cumplido con ellas, particularmente en el evento que el TDLC, a su juicio exclusivo, deseche el denominado argumento técnico que busca justificar las alzas de precios analizadas:

Transparencia. No parece haberse cumplido con esta nota en los tres tratos que motivan la Demanda OPS. Los dos tratos extracontractuales: negativa de servicios a OPS y bloqueo de tarjetas SIM han sido controvertidos en cuanto a su existencia por la propia Movistar. Ello ciertamente planteará un problema probatorio, puesto que las prácticas extracontractuales por regla general carecen de formulación documentaria atendidas las exigencias del dinámico tráfico mercantil.

Respecto del tercer trato imputado, éste no puede ser controvertido en cuanto a su existencia por Movistar ya que al ser de naturaleza contractual ha quedado debidamente acreditado a través de las respectivas modificaciones convencionales. Estas modificaciones no

⁶⁸ Resolución 02/2005 del TDLC, punto 5.3..

⁶⁹ Sentencia 16/2005 del TDLC, resolución 3 y Sentencia 29/2005 del TDLC, considerandos 53 y 54 y resolución 4.

parecen obedecer a una lista o definición de precios pública y conocida del mercado en general, según pasamos a explicar.

Puede parecer a primera vista que las modificaciones unilaterales que ha efectuado Movistar constituyen una mera consecuencia de la operatoria de los contratos de adhesión; pero ello no es así, según demostraremos. Cabe recordar que el contrato de adhesión ha sido conceptualizado por Messineo como aquél en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas⁷⁰. El contrato de adhesión nace como una fórmula práctica para enfrentar altos costos de transacción que experimenta un proveedor de bienes o servicios masivos⁷¹. Si el destinatario acepta las cláusulas integrantes del contrato de adhesión, se forma el consentimiento y, por tanto, hay lugar a un contrato mercantil, como lo es el contrato de autos.

A nuestro juicio el dilema de autos no radica en que nos hallemos ante un contrato de adhesión, sino antes bien en la prerrogativa que adquiere contractualmente Movistar para modificar unilateralmente una convención vigente en lo referente a precios. Cabe observar que esta sensible atribución obtenida por la demandada no obedece a términos pre-acordados (por ejemplo, una escala de precios asociada a un período de tiempo o a promedios de volúmenes demandados), sino que deja el precio íntegramente entregado al arbitrio de Movistar. Dicha prerrogativa resulta de muy dudosa validez desde un punto de vista meramente civil, puesto que aquélla trasunta falta de consentimiento⁷². Esa falta de consentimiento que sabiamente repudia nuestro Código Civil⁷³ encierra, en último término, una situación de fuerza o abuso que se vincula estrechamente al objeto de esta litis: un abuso de posición dominante. Resulta ciertamente irracional la aceptación de una disposición contractual que permite entregar la determinación del precio a una de las partes contratantes o, lo que es

⁷⁰ Francesco Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, Nº12, pg. 483, Ejea, Buenos Aires, 1971.

⁷¹ El contrato de adhesión se halla inescindiblemente vinculado con la denominada sociedad de consumo y ésta, a su vez, se relaciona estrechamente con la gran empresa y la acentuada tendencia a la producción en serie de bienes y servicios. Confrontar, C. J. Zavala Rodríguez, "Derecho de la Empresa", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971.

⁷² Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., "Curso de Derecho Civil", Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, numeral 483, pg. 375, Ed. Nascimento, Santiago, 1942. Cabe citar a Florencio García Goyena, "Concordancias del Código Civil Español", Tomo III, Artículo 979, pg. 10, Madrid, 1852, quien explica: "Los motivos de este artículo [equivalente al 1809 de nuestro Código Civil] y sus ejemplos están bien claros en las leyes romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles".

⁷³ Artículo 1809, inciso segundo, del Código Civil: "No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes".

lo mismo, entregar la determinación de futuras modificaciones del precio a una de las partes contratantes. Así, dicha cláusula deviene un instrumento de ejercicio de poder de mercado "ad hoc" que permite destruir la conmutatividad contractual manteniendo vigente el contrato respectivo. Así, el otro co-contratante (en la especie OPS) queda a merced del potencial abusivo de quien ostenta ya un manifiesto poder de mercado. Decimos que éste es manifiesto porque ya se ha expresado y corporizado en varias formas: i) la imposición de una cláusula contractual que autoriza a uno de los co-contratantes a modificar unilateral los precios sin patrones pre-determinados y objetivos y ii) el empleo activo y reiterado de dicha cláusula, conduciendo a la modificación unilateral y arbitraria de la cláusula más sensible de un contrato perteneciente a una economía dineraria: la del precio. ¿Qué co-contratante habría aceptado semejante cláusula y su ulterior y reiterado empleo si no hubiese estado forzado a ello por la naturaleza de su negocio? Ciertamente razonaban bien los romanos cuando repudiaban la fijación unilateral e interesada del precio por uno de los co-contratantes y concluían que ello era sólo la apariencia de un contrato.

Un precio que resulte de tales cláusulas no puede ser considerado ni transparente ni predecible y ello no parece sino preparar el camino para la infracción de la siguiente nota.

Es por ello que ha manifestado el TDLC que la "administración de ingresos" o "discriminación de precios" sólo es posible en el contexto de un mercado opaco⁷⁴. La opacidad, que se halla en las antípodas de la transparencia en comento, impide que los diversos clientes de un actor dominante conozcan los precios cobrados a cada uno de ellos y los contratos acordados con los restantes clientes. En el caso de autos se observa una situación característica de un mercado opaco en razón de la ausencia de publicidad de los precios cobrados y de las circunstancias que rodean la elevación de los mismos a través de una prerrogativa unilateral autoconferida por el co-contratante dotado de poder de mercado.

Objetividad, esto es, que los tratos dispensados por Movistar a OPS exhiban claras justificaciones, lo que ha sido anteriormente desarrollado (Sección IV.2).

Así, entre las explicaciones que justifican tratos diferenciados para el TDLC se encuentran, a modo de ejemplo, los descuentos por volumen

⁷⁴ Confrontar, Sentencia 43/2006 del TDLC, considerando 82.

en tanto que cumplan ciertas condiciones: i) supongan una efectiva economía para el proveedor⁷⁵; ii) guarden proporcionalidad con los rendimientos a escala que el productor o importador traslada al gran comprador⁷⁶ y iii) estén estructurados en forma lógica y objetiva y no den lugar a dudas respecto de su aplicación a clientes que cumplan las mismas condiciones⁷⁷.

Otra causal de justificación, perfectamente aceptada, es la correspondiente a modalidades de pago⁷⁸.

Coherente con lo expuesto, nuestro Tribunal Antimonopólico ha sancionado el tratar a un cliente como minorista cuando en realidad era mayorista⁷⁹.

En el caso "sub júdice" no hallamos que Movistar invoque tales causales de justificación para dispensar tratos diferenciados a OPS. Por contraste, se afirma la existencia de verdaderos recargos por volumen en circunstancias que la racionalidad económica ordena que los precios permanezcan idénticos (si no se alcanzan los volúmenes necesarios para obtener una efectiva economía para el proveedor) o que tales precios sufran descuentos (en el evento que sí se alcancen los volúmenes necesarios para obtener una efectiva economía para el proveedor). Luego, tales recargos por volumen constituirían una discriminación arbitraria a menos que la justificación técnica esgrimida por Movistar tuviere asidero. Cabe recordar que tal argumento ha sido rebatido por el Informe FNE y, en el evento que el TDLC, a su juicio exclusivo, desechare el denominado argumento técnico que busca justificar las alzas de precios analizadas sería forzoso concluir que Movistar no habría cumplido con la nota de la objetividad.

Generalidad, nota que consiste en el carácter no discriminatorio y razonable al interior de cada categoría de "iguales", también ha sido objeto de controversia en esta litis antimonopólica. En efecto, OPS manifiesta que Movistar ha tratado desigualmente dos categorías de "iguales": los clientes que compiten con Movistar por el mercado de los llamados "on net" y los clientes que no compiten con Movistar por el mercado de los llamados "on net", lo cual se ha demostrado irrazonable en las secciones precedentes.

⁷⁵ Resolución 258 de la Comisión Resolutiva, considerando 2.

⁷⁶ Sentencia 29/2005 del TDLC, considerando 50.

⁷⁷ Resolución 258 de la Comisión Resolutiva, considerando 11.

⁷⁸ Resolución 90 de la Comisión Resolutiva, considerando 26.

⁷⁹ Resolución 31 de la Comisión Resolutiva.

V. OTRAS DEFENSAS IMPLÍCITAS ESGRIMIDAS POR MOVISTAR PARA PERPETRAR DISCRIMINACIONES ARBITRARIAS MONOPÓLICAS (DAM)

V.1. INTENTO DE EVASIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TDLC.

Movistar ha pretendido evadir la competencia del TDLC por la vía de argumentar que el mercado relevante de autos por ser ilícito no existe. Detrás de esta argumentación subyacen cinco premisas que deben ser rechazadas por el TDLC, por las razones que se exponen:

V.1.1. MERCADO INEXISTENTE.

Movistar ha afirmado en autos que el mercado de autos no existe porque dicho mercado sería ilícito. Demostramos que dicho silogismo debe ser rechazado por contradictorio, puesto que las cosas primero existen y luego podrán ser calificadas de lícitas o ilícitas. Ello quedó explicado en la Sección II.3. con motivo del análisis del mercado relevante.

V.1.2. MERCADO ILÍCITO.

Un mercado no puede ser calificado de ilícito por la circunstancia de que eventualmente alguno de los oferentes o demandantes que participan en el mismo incurra en alguna falta contra alguna de las múltiples normas reguladoras de la respectiva actividad económica. Lo que se ha de entender por un mercado ilícito es aquél donde la actividad económica misma resulta contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, según prescribe nuestra Constitución Política de la República⁸⁰. Movistar no ha demostrado ni puede demostrar que el mercado de las llamadas "on net" contraviene tales límites constitucionales; en efecto, la comercialización de llamadas "on net" es una actividad económica que no puede ser calificada ni de

⁸⁰ Así son mercados ilícitos por transgredir los límites de la moral y del orden público los de la esclavitud, trata de blancas, creación de embriones para la comercialización de sus miembros y tejidos, etc. Confrontar, Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", pgs. 196 y stes., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

inmoral, ni de contraria al orden público ni vulneradora de la seguridad nacional. De allí que resulta improcedente calificar ese mercado como ilícito.

La circunstancia de que en dicho mercado pueda eventualmente haberse cometido alguna infracción por alguno de los oferentes del producto, no torna aquél en ilícito. Si ello bastara para declarar ilícito un mercado, llegaríamos al absurdo de que todos los mercados son ilícitos; así, resultaría forzoso concluir que el mercado de los servicios bancarios es ilícito porque algún oferente de los mismos no contaba con la pertinente autorización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

De allí que Movistar ha confundido lo que es un mercado relevante con la regulación que rodea una actividad económica. En efecto, "la definición de un mercado relevante debe hacerse tanto desde el punto de vista de la demanda como desde la perspectiva de la oferta. En lo que concierne a la demanda, los productos integrantes en el mismo deben ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor. Del lado de la oferta, se tendrán que considerar las empresas que produzcan o puedan fácilmente producir el producto considerado o sus sustitutos"⁸¹. Como puede apreciarse un mercado relevante se conforma por demandantes y oferentes respecto de cierto producto y sus sustitutos. De allí que resulte inaceptable calificar de ilícito la integridad de un mercado por la mera circunstancia de que algún oferente o demandante no haya cumplido con determinadas regulaciones. Asunto diverso sería si, como hemos observado, la comercialización del producto y sus sustitutos resultase contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

V.1.3. ILICITUD QUE NO HA SIDO DECLARADA TAL POR AUTORIDAD COMPETENTE.

Resulta interesante observar que la imposible ilicitud del mercado de las llamadas "on net" se funda en que algún actor de ese mercado habría incurrido en una infracción. Esta tercera premisa también resulta equivocada porque no ha mediado ninguna declaración de autoridad pública competente con carácter definitivo sobre el particular. Así quien declara la ilicitud es la propia Movistar autoerigiéndose en autoridad pública; ello ciertamente carece de asidero, máxime cuando sobre tan feble declaración se ha pretendido que la integridad de un mercado relevante sea considerado ilícito.

⁸¹ Julio Pascal y Vicente, "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa", pg. 270, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

V.1.4. ILICITUD QUE, ADEMÁS DE NO HABER SIDO DECLARADA TAL POR AUTORIDAD COMPETENTE, RESULTA IMPERTINENTE EN UN PROCESO ANTIMONOPÓLICO.

La cuarta premisa que contribuye a articular esta estructura imaginaria es la siguiente: la ilicitud mencionada en el apartado V.1.3. precedente consiste en una falta contra la legislación de telecomunicaciones. Como es sabido, no corresponde al TDLC el conocimiento de faltas o contravenciones contra legislaciones sectoriales, sino que su órbita de atribuciones se centra en los atentados contra la libre competencia. De allí que el planteamiento de ilícitos contra legislaciones sectoriales, en la especie contra la legislación de telecomunicaciones, resulta impertinente en el proceso antimonopólico sobre el cual recae el presente informe. Tal impertinencia queda de manifiesto si se observa que existen autoridades públicas sectoriales competentes para el conocimiento de tales faltas.

V.1.5. ILICITUD QUE BLOQUEARÍA EL CONOCIMIENTO POR EL TDLC DE LOS ATENTADOS MONOPÓLICOS QUE OPS IMPUTA A MOVISTAR.

La falta contra la legislación de telecomunicaciones que no ha sido declarada por autoridad pública sectorial competente y que, además, resulta impertinente de ser planteada ante el TDLC, ha sido revestida bajo la forma de un ilícito que impediría el conocimiento del TDLC de las ofensas contra la libre competencia. ¿Cómo ocurriría esto?

La estructura lógica del razonamiento de Movistar es ésta: OPS habría incurrido en una infracción contra las telecomunicaciones – a juicio exclusivo de Movistar –, luego el mercado en el cual oferta OPS es ilícito, luego ese mercado es inexistente, luego el TDLC es incompetente para conocer la Demanda OPS, puesto que nadie puede conocer lo inexistente. Esta singular construcción persigue algo evidente: que el TDLC no conozca las eventuales ofensas a la libre competencia, en su particular forma de abusos y discriminaciones arbitrarias monopólicas, que OPS imputa a Movistar en la Demanda OPS.

Por contraste con el explicado razonamiento de Movistar, la verdad procesal debe surgir por la vía siguiente: si OPS incurrió en alguna infracción contra la legislación de telecomunicaciones es un asunto que resolverán las autoridades públicas sectoriales competentes y no

Movistar. El mercado en el cual oferta OPS no es ilícito porque OPS haya eventualmente incurrido en una infracción contra la legislación de las telecomunicaciones, puesto que para que aquél fuese ilícito debería acreditarse que la actividad económica ofertada y demandada es contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. Así, el mercado de autos no es ilícito y, aún cuando fuese ilícito, no por ello sería inexistente, según demostramos anteriormente. Luego, el TDLC debe conocer lo que ocurre en este mercado y, particularmente, verificar si las conductas imputadas por OPS constituyen injustos monopólicos y, en tal circunstancia, aplicar las sanciones correspondientes.

V.2. PROHIBICIÓN DE AUTOTUTELA EN EL ÁMBITO DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Movistar ha pretendido una sutil forma de autotutela: declarar ella misma que una falta contra la legislación de las telecomunicaciones – la cual señala haber denunciado tan pronto como se habría informado de semejante infracción⁸² - tiene la virtualidad de acarrear la ilicitud del mercado de autos. Bajo tal declaración de ilicitud del mercado efectuada por Movistar, todas las conductas desarrolladas por la demandada contra las denominadas empresas de celulines se tornarían inocuas y no cabría responsabilidad monopólica alguna para Movistar.

Sin embargo, el mercado de autos existe y es lícito y las infracciones contra la legislación de telecomunicaciones han de ser conocidas por autoridades públicas sectoriales competentes. De allí que, para el evento que a juicio exclusivo del TDLC se concluya que las conductas imputadas por OPS a Movistar constituyen atentados contra la libre competencia, estimamos que adicionalmente deberá ponderarse en qué medida tales injustos monopólicos constituyeron una forma de autotutela ante eventuales faltas contra la legislación de las telecomunicaciones bajo la consideración de que Movistar ya había dictaminado por sí y ante sí que el mercado de autos es ilícito, esto es, que la oferta de llamadas “on net” contravenía la legislación de telecomunicaciones.

⁸² Contestación Movistar a OPS, conclusiones, numeral nueve, pg. 42.

El principio general en todo orden jurídico - el nuestro no constituye excepción - es el de la prohibición de que los particulares ejerciten la fuerza por sí mismos para resolver sus pretensiones jurídicas. Dicha prohibición va acompañada de la instauración de la Jurisdicción, esto es, de organismos independientes, imparciales y especializados que, revestidos de potestades públicas adecuadas, se ocupan de dirimir en forma objetiva y justa las pretensiones jurídicas insatisfechas. El fundamento de semejante prohibición es evidente: se corre el grave riesgo de que se imponga la fuerza por sobre el derecho y que la fórmula de satisfacción forzada por el más poderoso acabe siendo la más conveniente para éste y la más desventajosa para la contraparte débil.

En lo que respecta a materias de orden público la prohibición de autotutela, como medio para satisfacer pretensiones jurídicas, se torna más estricta y las eventuales excepciones requieren jerarquía legal⁸³. Esto es lo que sucede en el Derecho de la Libre Competencia, lo que se ve agravado porque las imposiciones de fuerza pueden ser el resultado de la explotación abusiva de una posición dominante.

Según hemos explicado⁸⁴ el Derecho de la Libre Competencia es un claro ámbito de Orden Público y en cuanto tal, toda excepción a las potestades públicas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá hallar un preciso fundamento legal que de una manera expresa así lo autorice⁸⁵. En armonía con el principio de la vinculación positiva, el Decreto Ley 211 es manifiesto sobre el particular desde el momento en que indica que toda corrección, prohibición o represión de las ofensas monopólicas deberán ceñirse a lo dispuesto en dicho cuerpo normativo, según dispone su artículo primero, inciso segundo⁸⁶. Luego, el Decreto Ley 211 precisa los órganos antimonopólicos que resguardarán el bien jurídico tutelado, según agrega el artículo segundo y más adelante el artículo quinto⁸⁷. Finalmente, el artículo

⁸³ Lo anterior se explica porque si bien el orden público rige ciertas actuaciones de particulares los contenidos propios de aquél tienen por objeto la conservación y buen funcionamiento de la sociedad toda. De allí que una imposición de la fuerza por sobre el derecho no sólo afecta gravemente a la contraparte débil sino que, adicionalmente, semejante detrimento jurídico se extiende a la sociedad política o Nación.

⁸⁴ Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", Sección VI, 6.1.1.2., pgs. 591 y stes., Editorial Jurídica de Chile, 2006.

⁸⁵ Ello no es sino una consecuencia del fundamental principio de la vinculación positiva, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que rige la creación, actividad y determinación de los fines de las autoridades públicas u órganos del Estado. En efecto, el inciso segundo del mencionado artículo 7° contempla un corolario fundamental de tal principio al indicar que ninguna persona puede atribuirse potestades o facultades que no les hayan sido conferidos por la Constitución o las leyes.

⁸⁶ "Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley."

⁸⁷ "Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre

quinto precisa que los mencionados atentados contra la libre competencia serán prevenidos, corregidos y sancionados por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De lo expuesto se sigue que nadie puede ejercer jurisdicción respecto de injustos monopolios si no es el propio tribunal creado por el Decreto Ley 211 o su superior jerárquico, la Excma Corte Suprema. Así, ninguna autoridad pública diversa al Tribunal Antimonopólico o a la Excma Corte Suprema y ningún competidor, por significativo que éste sea, puede resolver cómo corregir, prohibir, reprimir o sancionar los atentados contra la Libre Competencia y menos poner en práctica su parecer respecto de una jurisdicción que no le pertenece ni puede pertenecerle.

Una excepción a los citados preceptos requeriría de una disposición expresa y clara formulada en una norma de rango legal o constitucional. La Ley 18.168, General de Telecomunicaciones no contempla en ninguna de sus disposiciones un precepto que conceda una excepción en materia de jurisdicción antimonopólica y, por tanto, en la industria de las telecomunicaciones no existe autoridad pública diversa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o su superior jerárquico, la Excma Corte Suprema, ni competidor alguno que pueda invocar válidamente una potestad jurisdiccional o un derecho de autotutela por delegación en dicha materia, ni siquiera a pretexto de que la prestación de un determinado servicio por parte de un competidor carezca de regulación legal y reglamentaria o que semejante prestación se realice con transgresión a la misma. Asimismo, tampoco constituye un pretexto para ello el que las empresas prestadoras de servicios de llamadas "on net" carezcan de concesiones de telecomunicaciones, puesto que tal asunto es resorte exclusivo de las autoridades públicas sectoriales de las telecomunicaciones y de los tribunales de justicia que conozcan de las decisiones administrativas de estas últimas. Por ello la jurisdicción antimonopólica y la legislación de las telecomunicaciones no ha quedado ni puede quedar entregada a la opinión y parecer de Movistar, que en cuanto competidor del sector de las telecomunicaciones carece no sólo de las potestades públicas necesarias a tal fin, sino que también de la imparcialidad requerida al efecto.

competencia en los mercados." y "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia."

Más aún, en forma sistemática y uniforme, el Tribunal Antimonopólico en su forma actual y antes de la reforma introducida por la Ley 19.911, bajo su antigua denominación de H. Comisión Resolutiva, ha ejercido jurisdicción en el mercado de las telecomunicaciones, según lo prueban numerosísimas resoluciones y sentencias emitidas en ese ámbito y jamás ha delegado dicha jurisdicción⁸⁸.

En atención a lo expuesto, debe rechazarse toda sanción o punición que podría, a nuestro juicio, entenderse ejecutada por Movistar a través de las tres prácticas calificadas como DAMs, las cuales impiden a OPS desarrollar en su integridad una actividad consistente en ofertar llamadas "on net". Resulta jurídicamente inaceptable que una empresa pudiese imponer esa suerte de sanciones o puniciones a otros actores del sector bajo el argumento de no haberse cumplido con una determinada regulación sectorial, como lo es la de las telecomunicaciones, existiendo autoridades públicas competentes para conocer de aquélla.

Asimismo, si Movistar intentase fundar un amago de sanción o punición que, a nuestro juicio, podría entenderse ejecutado a través de las tres DAMs antes descritas y por esa vía "domesticar" o generar un "vasallaje", no sería suficiente al efecto la supuesta existencia de actos por parte de OPS consistentes en faltar a la legislación de telecomunicaciones.

Un racionamiento que repudie la autotutela no ha sido ajeno a la jurisprudencia antimonopólica, que se ha hecho cargo de repudiar el intento de autotutela por parte de un competidor que pretendió, a través de la elaboración de ciertas cláusulas que fueron introducidas en las bases de una licitación, excluir a determinados competidores suyos de participar en esta última⁸⁹. También ha rechazado el TDLC la institución de la autotutela en forma expresa⁹⁰. Por último, la Excma

⁸⁸ Cabe observar que una delegación de jurisdicción requeriría como esencial antecedente de una norma legal o constitucional previa y expresa que habilitara al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a efectuarla. Atendido que tal norma no existe en el orden antimonopólico, todo intento de ejercer jurisdicción en esta materia corresponde a una usurpación de funciones privativas del Tribunal Antimonopólico.

⁸⁹ *"Finalmente, esta Comisión estima pertinente señalar a la consultante que corresponde exclusivamente a los organismos antimonopolios creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973, pronunciarse acerca de la exclusión, por razones de competencia, de uno o más oferentes en las licitaciones a las que se convoquen para adjudicar determinados bienes o servicios."* Dictamen N°874 bis/722 emitido por la Comisión Preventiva Central y luego confirmado por la Resolución N°399 emitida por la H. Comisión Resolutiva.

⁹⁰ *"A mayor abundamiento, como acertadamente concluye el informe en derecho agregado a los autos por la parte de Voissnet y que rola a fojas 829 y siguientes, permitir que CTC proteja por su cuenta sus ingresos implicaría validar una suerte de autotutela por parte de la compañía, método de resolución de*

Corte Suprema de la República al conocer de un recurso de reclamación interpuesto contra la Resolución N° 704, dictada por la H. Comisión Resolutiva con fecha 20 de agosto de 2003, resolvió en el mismo sentido⁹¹.

En síntesis, ningún competidor – ni siquiera Movistar – puede erigirse en guardián de bienes jurídicos cuya tutela ha sido entregada a autoridades públicas, sean éstas administrativas o jurisdiccionales o bien mixtas en sus potestades públicas.

V.3. SUPUESTO ENGAÑO DE OPS A MOVISTAR

Ha buscado Movistar atenuar su responsabilidad manifestando que no sabía que OPS se dedicaba a la actividad que constituye su giro y ello para que no se vea en sus conductas un cúmulo de DAMs, destinadas a obtener la domesticación o vasallaje de las empresas de celulines.

Afirma Movistar que “OPS proporcionaba sus servicios en forma clandestina engañando a mi representada, sin su conocimiento y consentimiento”⁹². Este supuesto engaño habría durado desde el año 2003 hasta la notificación de la Demanda OPS⁹³, esto es, abril de 2007. Sin embargo, la propia Movistar cuando intenta justificar las DAMs perpetradas afirma que “el alza de tarifas practicada obedece a la necesidad de mi representada de equilibrar dentro de lo posible, los costos adicionales que significa **el inusual uso del plan contratado.**”⁹⁴ (el destacado es nuestro). Resulta, ciertamente, improbable que ese inusual uso del plan contratado no hubiese despertado suspicacias en una empresa sofisticada y concedora del

conflictos que, salvo contadas excepciones, está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico;”. Sentencia 45/2006 del TDLC, considerando 56, parte segunda.

⁹¹ “Que, bajo este camino de orientación, ampliando la noción de autotutela que acuñó el fallo que se ha reclamado, resulta evidente que si las casas sancionadas estimaban que de parte de los bancos existía algún atentado a la libre competencia o un abuso de cierta posición de mercado que pudiere apreciarse como dominante, al implementar la promoción que han cuestionado, y no estimaban del caso competir con ella, dentro de parámetros legítimos, por considerarla indebida, debieron acudir de inmediato a los organismos competentes, efectuando las denuncias o acciones del caso, para que se llevara a cabo la pertinente investigación y eventual sanción, pero lo que no podían hacer, era actuar, como en la práctica lo hicieron, esto es, mediante vías de hecho, consistentes en el simple expediente de negarse a atender a los clientes que invocaban este sistema, o negarse, derechamente, a entrar al mismo, bajo la premisa de que en el contrato que mantenían con la empresa promotora, no se contemplaba esta figura.”. Excmo Corte Suprema, Sentencia de primero de abril de 2004, Rol N°3739-2003, considerando décimo. En el mismo sentido, véase considerandos segundo y octavo de esa sentencia.

⁹² Contestación Movistar a OPS, Sección 1.3, pg. 18.

⁹³ Contestación Movistar a OPS, Numeral 5, pg. 2.

⁹⁴ Contestación Movistar a OPS, Sección 4.a), pg.36.

mercado como Movistar y que, por tanto, ésta no tuviese conciencia de la actividad de OPS. Ello resulta difícil de aceptar toda vez que la actividad de OPS es desarrollada desde el año 2002 y es conocida y publicitada en el mercado de las telecomunicaciones. Surge, entonces, la pregunta, ¿por qué Movistar no hizo valer contra OPS la cláusula 11 de las Condiciones Generales aplicables al Contrato de Suministro de Telefonía Móvil y exigió se enmendara la conducta de OPS o derechamente se pusiera término a la relación contractual? La respuesta parece clara: era más lucrativo para Movistar mantener el contrato y compartir márgenes con OPS por la vía de domesticarle, antes que dar aplicación plena a las disposiciones contractuales que le permitían acabar con la convención. Más aún, la denuncia que Movistar procede a realizar ante la Subtel una vez que conoce la Demanda OPS, parece corresponder a una represalia comercial antes que a un purista intento de preservar un supuesto cumplimiento de la legislación de las telecomunicaciones.

VI. CONCLUSIONES

1. Para una adecuada comprensión del caso objeto del presente informe, resulta indispensable identificar, al menos, dos mercados relevantes conexos⁹⁵: el de los servicios de la telefonía móvil y el de las llamadas "on net". El primero es aquél donde se verifican las DAMs descritas en Demanda OPS con la consiguiente reducción de libertad de competencia mercantil en ese mercado y el segundo es el mercado relevante en el cual como consecuencia de su carácter conexo se entorpece y restringe – en el límite se eliminaría – la competencia efectiva por la oferta de llamadas "on net".

2. La industria de la telefonía móvil exhibe significativas economías de escala, lo que constituye un fuerte incentivo a alcanzar grandes volúmenes de clientes. A tal efecto, se observan importantes estrategias dirigidas a captar un alto porcentaje de los nuevos clientes que cada año se incorporan al mercado de la telefonía móvil.

⁹⁵ Sentencia 35/2005 del TDLC señala acerca de los mercados conexos que: "cualquier acción realizada para entorpecer la competencia en el primer mercado tendrá en el mediano plazo, repercusiones en el segundo mercado."

Semejante incremento de la clientela se traduce en beneficios para todos los clientes de una empresa, en tanto tales economías de escala se trasladen efectivamente a éstos. Lo propio de las economías de escala es que los costos medios de producción se reducen en la medida en que se incrementa el volumen total de minutos cursados por la red. De esta forma, los planes según los cuales un cliente puede cursar más minutos por un precio más reducido, tienen la virtualidad de reducir los costos medios de producción. Ello importa un beneficio para el cliente como para la empresa en tanto y en cuanto tal reducción de costos medios sea trasladada al consumidor.

La telefonía móvil reconoce dos clases de oferentes: operadores móviles establecidos (OME) y operadores móviles virtuales (OMV). La diferencia entre tales oferentes estriba en que un OMV carece de espectro radioeléctrico propio, debiendo contratar dicha capacidad a un OME o, en el otro extremo, puede un OMV acordar con un OME, utilizar todas las facilidades instaladas de este último, siendo necesario efectuar sólo inversiones asociadas con mercadeo, facturación y registro de clientes⁹⁶. En términos mercantiles, el OMV es un comercializador cuya utilidad desde la óptica de la libre competencia es incrementar la menguada competencia existente a nivel de OMEs y precisamente, por esta razón, es que el TDLC ha señalado los beneficios que presenta la existencia de OMVs: i) disminución de barreras de entrada asociadas a espectro e infraestructura, y ii) aumento de la diversidad de productos⁹⁷.

Los OMEs son: Claro, ENTEL y Movistar, en circunstancias de que esta última capta *"alrededor del 45% del tráfico, lo que obviamente le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular de las empresas de celulines, que requieren acceder a las tres redes, en especial a la mayor, para operativizar su negocio."*⁹⁸

3. En el segundo de los mercados en que incide este litigio, el producto ha de ser conceptualizado como vinculado a los servicios de telefonía móvil y se denomina "llamadas "on net"". Señalamos que en este segundo mercado el producto es diverso del primero porque resulta de la combinación de dos insumos: i) servicios de telefonía móvil, lo cual requiere acceso a las respectivas plataformas (las redes se utilizan como plataformas, esto es, no como lo haría un usuario final, sino como un insumo dentro de la cadena productiva⁹⁹) y ii) servicios de conversión entregados a través de equipos conversores

⁹⁶ Informe Subtel, Cuarto, letra a), fojas 0656.

⁹⁷ Resolución 2/2005 del TDLC, consideración 5.5., párrafo sexto.

⁹⁸ Informe FNE, IV, pg. 13.

⁹⁹ Informe FNE, IV, pg.13.

(celulines) y un enlace dedicado de carácter privado. Como puede observarse, el carácter conexo de estos mercados es consecuencia de que el producto de uno de ellos (telefonía móvil) sirve de insumo, entre otros, para el producto definidor del otro (llamadas on net).

4. Para participar en el mercado de los llamados "on net" ofertando estos servicios resulta esencial contar con los insumos mencionados. Cabe observar que los conversores están a disposición de cualquiera que desee pagar por ellos e importarlos¹⁰⁰. Por contraste, los grandes planes de minutos de telefonía móvil se obtienen a través de la adquisición de los denominados "chips".

En relación con este segundo insumo, resulta fundamental distinguir dos clases de competidores. La primera conformada por oferentes que, por hallarse verticalmente integrados, tienen asegurado el suministro de minutos de telefonía móvil: OMEs que también ofertan llamadas "on net". La segunda clase de competidores está integrada por oferentes de llamadas "on net" que, al no encontrarse verticalmente integrados (celulines), dependen de los contratos que celebren con quienes sí están verticalmente integrados (OMEs). De aquí se sigue que los competidores que no cuentan con redes propias requieren tener garantizado acceso a las redes de todas las operadoras móviles, especialmente respecto de la de mayor tamaño y que pertenece a Movistar. Así, los términos contractuales que las OMEs exijan a los celulines no resultan inocuos, sino que pueden transformarse en una peligrosa herramienta para entorpecer, restringir o, incluso, eliminar competidores del mercado de las llamadas "on net".

5. Las redes de ENTEL PCS y de Claro Chile pueden operar como sustitutos de las pertenecientes a Movistar para el inicio de llamadas "on net" (en los caso en que ello proceda), pero no para las llamadas cuyo destino o terminación sean las redes móviles de Movistar. A tal efecto no resulta útil acudir a otro propietario de redes móviles, sobre todo cuando un propietario como Movistar concentra tan alto porcentaje del tráfico de llamados que puede eventualmente aniquilar el negocio de las llamadas "on net" que desarrollan oferentes no integrados verticalmente. Así, llegamos a que estas redes móviles son virtuales facilidades esenciales cuyo acceso, a través de los planes de minutos de telefonía móvil, debe estar garantizado sobre la base de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación

¹⁰⁰ Informe FNE, IV.3, pg. 15. FNE constata que no existen barreras a la entrada para la importación de equipos de conversión móviles o piezas de éstos (ver figura 5).

arbitraria y objetividad, tantas veces reiterados por nuestra jurisprudencia antimonopólica. Es por ello que, en este mercado, la plataforma móvil es empleada como un insumo esencial para un servicio de llamadas "on net" y no como un producto a ser utilizado por un usuario final.

Así, la plataforma móvil lleva a considerar la teoría de la "facilidad o infraestructura esencial", según la cual existe la posibilidad de emplearla como una barrera a la entrada, esto es, destinada a explotar una posición dominante para obtener o preservar una renta monopólica. La doctrina ha establecido los siguientes requisitos para las instalaciones o infraestructuras esenciales: i) éstas deben ser controladas por un monopolista; ii) el acceso a la infraestructura debe ser imprescindible para competir en el mercado relevante respectivo y, especialmente, para competir contra el monopolista que ostenta la propiedad o el control de la infraestructura esencial; de aquí deriva la esencialidad de esta instalación para la libre competencia; iii) las características de la facilidad esencial deben hacer factible y viable que ésta pueda ser utilizada por más de un usuario; en otras palabras se trata de un bien cuyo aprovechamiento, uso o explotación puede ser realizado en común por dos o más competidores; iv) desde un punto de vista conductual se requiere que el monopolista que explote la instalación esencial acompañe dicha explotación de prácticas consistentes en vedar todo acceso a todos o algunos de sus competidores a esa facilidad esencial o en imponer condiciones arbitrarias para la obtención de tal acceso o en discriminar arbitrariamente entre quienes emplean dicha infraestructura esencial y que tales prácticas carezcan de legítimas razones de negocio que hagan justificables esas prácticas.

6. Movistar intenta persuadir a nuestro Tribunal Antimonopólico de que la siguiente inferencia es verdadera: atendido que el mercado de las llamadas "on net" es **ilícito**, éste es **inexistente**¹⁰¹. La inferencia señalada, aunque reiterada en la Contestación Movistar a OPS múltiples veces, con negrita y en títulos, no por repetida y machacada se torna verdadera. En efecto, tal afirmación es ilógica, puesto supone una gravísima contradicción: lo ilícito no puede ser inexistente; primero algo ha de existir y después podrá ser tildado de ilícito. Así, sostener que porque Movistar cree que el mercado de autos es ilícito, éste carece de existencia, resulta insostenible. Sin embargo, Movistar desearía que tal silogismo fuese real porque si el mercado fuera inexistente, no habría una libre competencia contra la cual atentar y si

¹⁰¹ Contestación Movistar a OPS, Sección 1., pg. 3; Sección 1.4., pg. 27, y Sección 2, pg. 29.

no hubiese tal bien jurídico "in concretum", todas las conductas perpetradas por Movistar y que hoy se hallan cuestionadas se volverían inocuas y el TDLC debería cerrar este proceso sin sancionar a nadie. Ésta es la alegre conclusión que Movistar llega a formular en su escrito: "Si no existe mercado relevante, es imposible la existencia de competencia y de conductas que atenten contra ella"¹⁰².

7. OPS carece de poder de negociación para rechazar: a) la cláusula que le permite modificar unilateralmente los precios de la convención vigente entre ambos competidores (Relación OPS-Movistar (Contrato I)) y b) para rechazar todos y cada uno de los incrementos de precios efectuados unilateralmente. El motivo por el cual OPS no puede efectuar tales rechazos es simple: no contar con planes de telefonía móvil de Movistar importa privarse de un insumo esencial para competir en el mercado de las llamadas "on net".

Cabe recordar que la FNE ya había constatado la importancia de Movistar y el poder de mercado que ostenta: la demandada capta *"alrededor del 45% del tráfico, lo que obviamente le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular de las empresas de celulines, que requieren acceder a las tres redes, en especial a la mayor, para operativizar su negocio."*¹⁰³

8. De lo expuesto en la sección pertinente resulta que los precios o tarifas son discriminatorios (empleando el lenguaje económico) o arbitrariamente discriminatorios (empleando el lenguaje jurídico) en la medida en que importen precios netos diferentes, esto es, que el ratio precio/coste marginal sea diferente en las diferentes ventas. En síntesis, no existen los precios o tarifas discriminatorios por la sola circunstancia de que aquéllas sean diferentes, sino que resulta esencial establecer la falta de fundamentación de semejante diferenciación. Esto nos lleva a formular dos conclusiones estrechamente vinculadas. La primera: un mayor volumen de bienes o servicios demandados por un cliente (OPS) puede o no impactar en los precios que éste ha de pagar; dicho impacto ha de establecerse en función de la economía que semejante volumen total implique para los costos del oferente (Movistar). Luego, y ésta es la segunda conclusión, de producir el volumen demandado una economía en los costos del oferente (Movistar) carece de racionalidad económica que éste trate de la misma forma a dos clientes – cuyos volúmenes demandados causan economía de costos diferentes en el vendedor - y que, por

¹⁰² Contestación Movistar a OPS, Sección 2, pg. 29. Asimismo, Sección 2, pg.30.

¹⁰³ Informe FNE, IV, pg. 13 y IV.3., pg. 14.

tanto, no pertenecen ni pueden pertenecer a la misma categoría de "iguales". Tratar de la misma forma a tales clientes constituiría una discriminación arbitraria monopólica proscrita por el Decreto Ley 211.

9. Un trato diferenciado, como los que señala la Demanda OPS, para alcanzar la connotación de arbitrario en el sentido empleado requiere demostrarse alternativamente como: i) contrario a la razón y caprichoso o carente de fundamento, susceptible éste de ser formulado jurídica o económicamente; ii) contrario a las leyes, esto es, que contraviene alguna norma que específicamente prohíba elevar los precios unilateralmente, denegar servicios o bloquear elementos básicos para la prestación de servicios; o iii) contrario a la justicia – y o la equidad- y el bien común nacional. Cabe observar que el alza de precios efectuada por Movistar se intenta explicar en autos a través de un argumento técnico que es rechazado categóricamente e ilustradamente por el Informe FNE y que, ciertamente, de haber sido efectivo invita, a lo menos, a la formulación de varias interrogantes. Si tal argumento técnico es rechazado por el TDLC, faltará una adecuada justificación, esto es, acorde con la justicia, la razón o las leyes para un trato desigual en los precios modificados unilateralmente por Movistar. Si falta dicha justificación tales precios incrementados por Movistar serán considerados como constitutivos de una discriminación arbitraria por falta de objetividad¹⁰⁴. Un trato desigual o igual, carente de justificación jurídica o económica, para una pluralidad de competidores actual o potencial calificables de iguales o desiguales, según corresponda, es considerado por el TDLC una DAM¹⁰⁵.

10. Si la justificación del alza de precios consistente en el mentado argumento técnico resulta rechazado por el TDLC, no cabría duda que el objetivo buscado por Movistar con el trato desigual dado a OPS sería el estrechamiento de márgenes de sus competidores en el mercado de las llamadas "on net" (entre tales competidores se halla OPS). De esa forma, Movistar lograría reducir los ingresos de estas empresas rivales, hostigarlas a través de las prácticas indicadas y "domesticarlas", en el sentido de doblegar su libertad de competencia mercantil generando una situación de subordinación o vasallaje. ¿Con qué finalidad? En virtud de este vasallaje Movistar obtendría que empresas vasallos – entre las cuales habría que contar a OPS y otras afectadas como ETCOM e Interlink - queden subordinadas en su favor (empresa dominante). La subordinación y reconocimiento de las

¹⁰⁴ Sentencias 7/2004, 26/2005, 27/2005, 9/2006 y 38/2006, todas del TDLC.

¹⁰⁵ Sentencia 29/2005 del TDLC, considerandos 25 y 29 y resoluciones 2 y 3.

empresas vasallos se traduciría en el pago de un "tributo" a favor de Movistar consistente en compartir sus márgenes con esta última. Cabe presumir que, de fracasar tal vasallaje o estimarse éste, en una etapa próxima, como inútil a los fines de Movistar, una opción factible sería expulsar a estos competidores del mercado de autos por la vía de un estrangulamiento total de sus márgenes. A lo anterior debe añadirse el riesgo de que otras OMEs imiten las prácticas exclusorias de Movistar y por esta vía se acabe completamente con los celulines que ofertan en el mercado de las llamadas "on net". Así, la propagación de estas prácticas podría dar lugar a una importante concentración del mercado de las llamadas "on net" a favor de quienes se hallan verticalmente integradas (OMEs) y, por tanto, provocar que el mercado de las llamadas "on net" sea un mero reflejo de los altos niveles de concentración que se observan en el mercado de la telefonía móvil. Esto acarrea un gravísimo efecto sobre la libre competencia: se incrementan indebidamente los precios al reducirse o domesticarse a los competidores y cabe observar que si esta "domesticación" de las empresas de celulines resultase generalizada y eficaz, podríamos hallarnos ante un verdadero control de precios en el mercado de los llamados "on net" regulado por OMEs que dispongan de las mencionadas herramientas contractuales. Todo lo anterior no sólo produce un grave daño social sino que exhibe un fuerte potencial nocivo al provocar la aplicación de recursos económicos a bienes cuyos precios en un escenario de libertad de competencia serían inferiores.

11. Respecto de la exigencia jurisprudencial de transparencia, a nuestro juicio el dilema de autos no radica en que nos hallemos ante un contrato de adhesión, sino antes bien en la prerrogativa que adquiere contractualmente Movistar para modificar unilateralmente una convención vigente en lo referente a precios. Cabe observar que esta sensible atribución obtenida por la demandada no obedece a términos pre-acordados (por ejemplo, una escala de precios asociada a un período de tiempo o a promedios de volúmenes demandados), sino que deja el precio íntegramente entregado al arbitrio de Movistar. Dicha prerrogativa resulta de muy dudosa validez desde un punto de vista meramente civil, puesto que aquélla trasunta falta de consentimiento¹⁰⁶. Esa falta de consentimiento que sabiamente

¹⁰⁶ Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., "Curso de Derecho Civil", Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, numeral 483, pg. 375, Ed. Nascimento, Santiago, 1942. Cabe citar a Florencio García Goyena, "Concordancias del Código Civil Español", Tomo III, Artículo 979, pg. 10, Madrid, 1852, quien explica: "Los motivos de este artículo [equivalente al 1809 de nuestro Código Civil] y sus ejemplos están bien claros en las leyes romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles".

repudia nuestro Código Civil¹⁰⁷ encierra, en último término, una situación de fuerza o abuso que se vincula estrechamente al objeto de esta litis: un abuso de posición dominante. Resulta ciertamente irracional la aceptación de una disposición contractual que permite entregar la determinación del precio a una de las partes contratantes o, lo que es lo mismo, entregar la determinación de futuras modificaciones del precio a una de las partes contratantes. Así, dicha cláusula deviene un instrumento de ejercicio de poder de mercado "ad hoc" que permite destruir la conmutatividad contractual manteniendo vigente el contrato respectivo. Así, el otro co-contratante (en la especie OPS) queda a merced del potencial abusivo de quien ostenta ya un manifiesto poder de mercado. Decimos que éste es manifiesto porque ya se ha expresado y corporizado en varias formas: i) la imposición de una cláusula contractual que autoriza a uno de los co-contratantes a modificar unilateral los precios sin patrones pre-determinados y objetivos y ii) el empleo activo y reiterado de dicha cláusula, conduciendo a la modificación unilateral y arbitraria de la cláusula más sensible de un contrato perteneciente a una economía dineraria: la del precio. ¿Qué co-contratante habría aceptado semejante cláusula y su ulterior y reiterado empleo si no hubiese estado forzado a ello por la naturaleza de su negocio? Ciertamente razonaban bien los romanos cuando repudiaban la fijación unilateral e interesada del precio por uno de los co-contratantes y concluían que ello era sólo la apariencia de un contrato. Un precio que resulte de tales cláusulas no puede ser considerado ni transparente ni predecible y ello no parece sino preparar el camino para la infracción de la siguiente nota.

12. Respecto de la exigencia jurisprudencial de la nota "objetividad", en el caso "sub júdice" no hallamos que Movistar invoque causales de justificación conocidas y aceptadas por el TDLC para dispensar tratos diferenciados a OPS. Por contraste, se declara la existencia de verdaderos recargos por volumen en circunstancias que la racionalidad económica ordena que los precios permanezcan idénticos (si no se alcanzan los volúmenes necesarios para obtener una efectiva economía para el proveedor) o que tales precios sufran descuentos (en el evento que sí se alcancen los volúmenes necesarios para obtener una efectiva economía para el proveedor). Luego, tales recargos por volumen constituirían una discriminación arbitraria a menos que la justificación técnica esgrimida por Movistar tuviere

¹⁰⁷ Artículo 1809, inciso segundo, del Código Civil: "No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes".

asidero. Cabe recordar que tal argumento ha sido rebatido por el Informe FNE y, en el evento que el TDLC, a su juicio exclusivo, desechare el denominado argumento técnico que busca justificar las alzas de precios analizadas sería forzoso concluir que Movistar no habría cumplido con la nota de la objetividad.

13. Respecto de la exigencia jurisprudencial de la nota Generalidad, nota que consiste en el carácter no discriminatorio y razonable al interior de cada categoría de "iguales", también ha sido objeto de controversia en esta litis antimonopólica. En efecto, OPS manifiesta que Movistar ha tratado desigualmente dos categorías de "iguales": los clientes que compiten con Movistar por el mercado de los llamados "on net" y los clientes que no compiten con Movistar por el mercado de los llamados "on net", lo cual se ha demostrado irrazonable en las secciones precedentes.

14. La estructura lógica del razonamiento de Movistar es ésta: OPS habría incurrido en una infracción contra las telecomunicaciones – a juicio exclusivo de Movistar -, luego el mercado en el cual oferta OPS es ilícito, luego ese mercado es inexistente, luego el TDLC es incompetente para conocer la Demanda OPS, puesto que nadie puede conocer lo inexistente. Esta singular construcción persigue algo evidente: que el TDLC no conozca las eventuales ofensas a la libre competencia, en su particular forma de abusos y discriminaciones arbitrarias monopólicas, que OPS imputa a Movistar en la Demanda OPS.

Por contraste con el explicado razonamiento de Movistar, la verdad procesal debe surgir por la vía siguiente: si OPS incurrió en alguna infracción contra la legislación de telecomunicaciones es un asunto que resolverán las autoridades públicas sectoriales competentes y no Movistar. El mercado en el cual oferta OPS no es ilícito porque OPS haya eventualmente incurrido en una infracción contra la legislación de las telecomunicaciones, puesto que para que aquél fuese ilícito debería acreditarse que la actividad económica ofertada y demandada es contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. Así, el mercado de autos no es ilícito y, aún cuando fuese ilícito, no por ello sería inexistente, según demostramos anteriormente. Luego, el TDLC debe conocer lo que ocurre en este mercado y, particularmente, verificar si las conductas imputadas por OPS constituyen injustos monopólicos y, en tal circunstancia, aplicar las sanciones correspondientes.

15. El mercado de autos existe y es lícito y las infracciones contra la legislación de telecomunicaciones han de ser conocidas por autoridades públicas sectoriales competentes. De allí que, para el evento que a juicio exclusivo del TDLC se concluya que las conductas imputadas por OPS a Movistar constituyen atentados contra la libre competencia, estimamos que adicionalmente deberá ponderarse en qué medida tales injustos monopólicos constituyeron una forma de autotutela ante eventuales faltas contra la legislación de las telecomunicaciones bajo la consideración de que Movistar ya había dictaminado por sí y ante sí que el mercado de autos es ilícito, esto es, que la oferta de llamadas "on net" contravenía la legislación de telecomunicaciones.

16. Ha buscado Movistar atenuar su responsabilidad manifestando que no sabía que OPS se dedicaba a la actividad que constituye su giro y ello para que no se vea en sus conductas un cúmulo de DAMs, destinadas a obtener la domesticación o vasallaje de las empresas de celulines. Por diversas circunstancias parece poco probable que Movistar desconociese el giro de OPS.

Les saluda atentamente,

Domingo Valdés Prieto
Profesor de Derecho Económico y de la Libre Competencia
Universidad de Chile