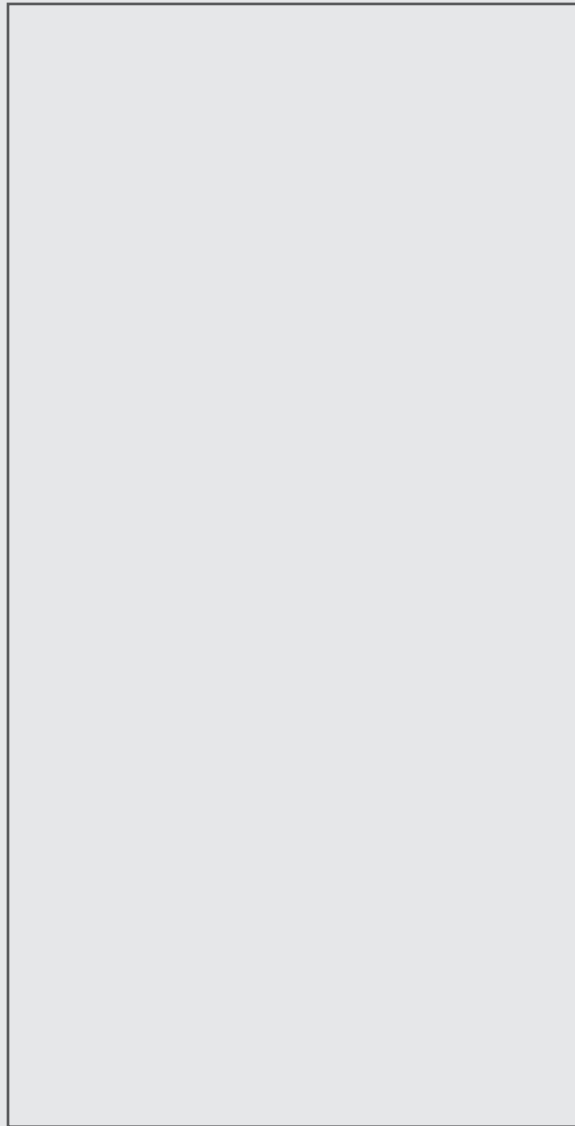


ANUARIO

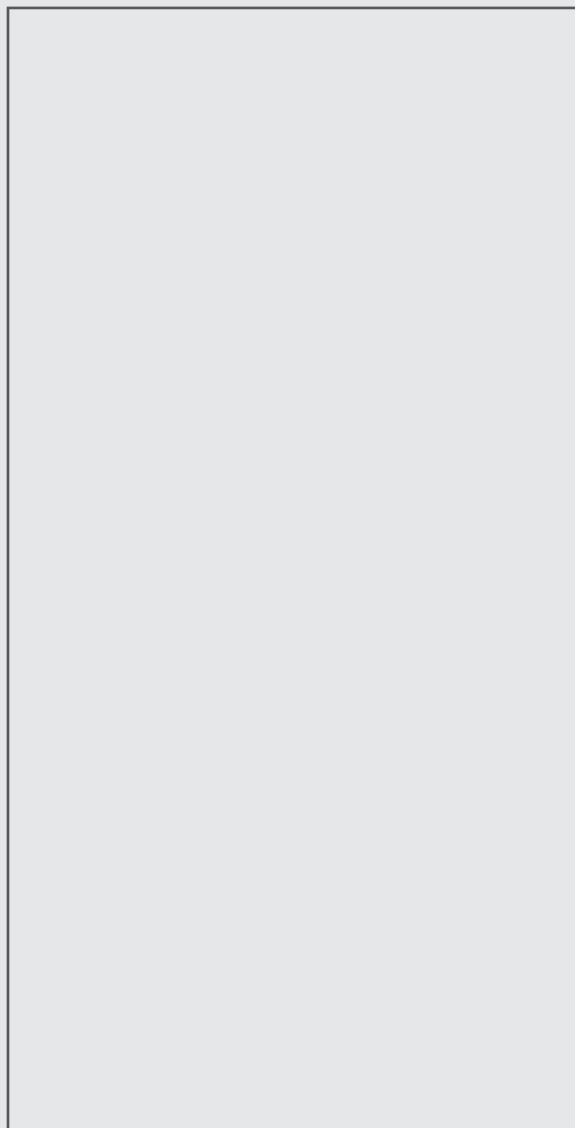
Mayo 2016 / Mayo 2017





ÍNDICE

Prólogo	3
Breve Descripción del Sistema Institucional de Libre Competencia en Chile	5
Cuenta del Presidente	7
Jurisprudencia del Tribunal (Mayo 2016 / Abril 2017)	19
Sentencia 149/2016 (Causa Rol C 283-14)	21
Sentencia 150/2016 (Causa Rol C 294-15)	57
Sentencia 151/2016 (Causa Rol C 293-15)	69
Sentencia 152/2016 (Causa Rol C 297-15)	107
Sentencia 153/2016 (Causa Rol C 287-14)	127
Sentencia 154/2016 (Causa Rol C 275-14)	147
Sentencia 155/2016 (Causa Rol C 303-15)	193
Proposición de Recomendación Normativa N° 19/2017 (Causa Rol ERN N° 20-2014)	203
Resolución 50/2017 (Causa Rol NC 432-15)	333
Sentencia 156/2017 (Causa Rol C 271-13; Acumulada a Roles C 269-13 y C 286-14)	355



PRÓLOGO

La política de competencia cumple un rol clave en el funcionamiento de la economía de un país. Contribuye a que se materialicen los beneficios propios de un sistema de mercado, esto es, la existencia de más y mejores bienes y servicios, de mejor calidad, al menor precio posible. Las repercusiones de las malas prácticas en libre competencia son altamente dañinas para el bienestar de los consumidores. Por ello es tan importante contar con instituciones robustas que cuenten con las atribuciones necesarias para investigar y sancionar adecuadamente las conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia; así como para prevenir la comisión de estos ilícitos y fomentar actividades competitivas.

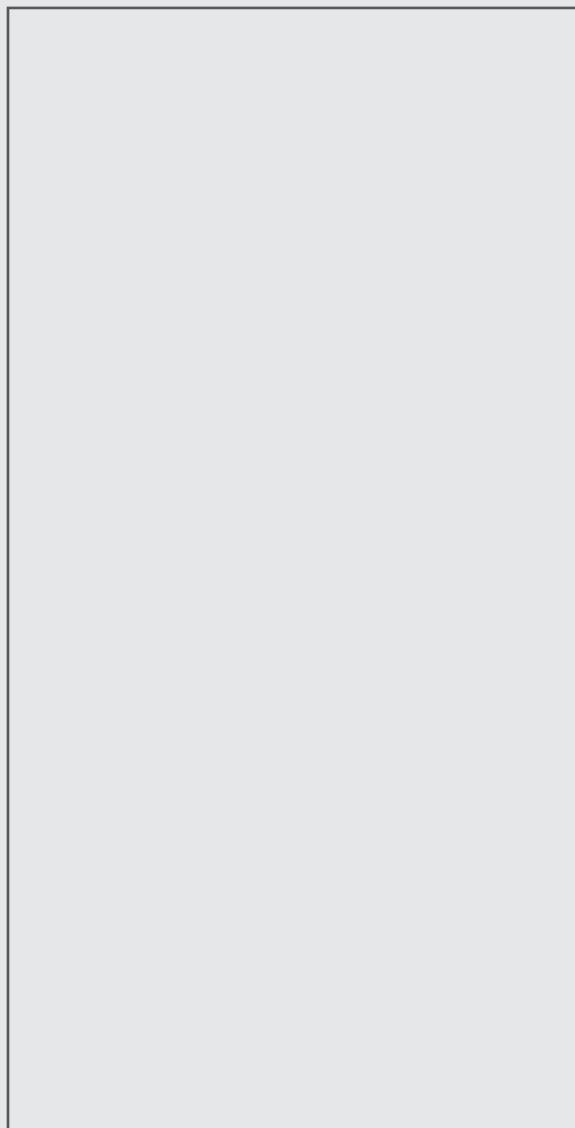
En este sentido, durante los últimos 20 años se han incorporado periódicamente mejoras sustantivas a nuestro sistema de defensa de la libre competencia que permiten afirmar que nuestra institucionalidad goza de buena salud y que la aparición de bullados casos de colusión, lejos de demostrar una debilidad del sistema, confirma que está funcionando adecuadamente.

El fortalecimiento sostenido de nuestra institucionalidad comenzó el año 1999 con la Ley N° 19.610 que aumentó el presupuesto y la planta de funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica (FNE). Cuatro años más tarde, la Ley N° 19.911 creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Posteriormente, con la Ley N° 20.361 del año 2009 se aprobaron una serie de facultades y atribuciones de la FNE para perseguir los carteles. Finalmente, en 2016 se dictó la Ley N° 20.945, que, entre otras materias, instauró un procedimiento de control previo de las operaciones de concentración, estableció sanciones penales para los carteles duros, aumentó las multas y confirió competencia a este Tribunal para conocer las acciones de indemnización de perjuicios causados por las infracciones sancionadas en esta sede.

Todas estas reformas han perfeccionado nuestro sistema pero, a la vez, han importado desafíos muy relevantes para el quehacer de sus instituciones. Tenemos una gran responsabilidad en que la implementación de la Ley N° 20.945 sea lo más exitosa posible para que estas mejoras se traduzcan en resultados concretos.

Estamos conscientes de la relevancia de la labor de este Tribunal y de la necesidad de dar mayor transparencia a sus actuaciones e informar sobre su funcionamiento, sus características especiales y la complejidad de sus procesos. Este Anuario pretende acercar el contenido del trabajo de este Tribunal a la ciudadanía tanto respecto de la gestión de la institución como respecto de sus decisiones, durante el período que va de mayo 2016 a mayo 2017. En primer lugar, se describe de manera general a nuestro sistema institucional. En segundo lugar, se reportan las principales actividades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Luego, se incorpora la última cuenta pública del TDLC, en la que se analiza estadísticamente el quehacer del Tribunal, se informa sobre los cambios sufridos en la institución y sobre las actividades de capacitación de sus miembros, tanto en Chile como en el extranjero, entre otras materias. Finalmente, se han incorporado las sentencias dictadas en el período, así como una recomendación normativa, antecedidas por un resumen de cada una de ellas y un cuadro sinóptico que permita al lector ubicarse temáticamente en las decisiones.

ENRIQUE VERGARA VIAL
PRESIDENTE



BREVE DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

La institucionalidad de libre competencia en Chile está compuesta por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Tribunal o TLDC) y la Corte Suprema.

La FNE fue creada por el D.L. N° 211 de 1973. Es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios. Su director es el Fiscal Nacional Económico, quien es nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos del sector público. Dura cuatro años en su cargo, pudiendo ser reelegido por un nuevo período.

La función más importante de la FNE es la de investigar los atentados a la libre competencia, para lo cual tiene una serie de atribuciones establecidas en el artículo 39 del D.L. N° 211, entre las que destacan las denominadas facultades intrusivas de registro e interceptación de comunicaciones. Además de esta función, la FNE tiene otras importantes atribuciones como las de velar por el cumplimiento de las decisiones adoptada por el TLDC, emitir informes en causas contenciosas en las que no sea parte y suscribir acuerdos extrajudiciales, entre otras. Con la dictación de la Ley N° 20.945 de 2016, se le confirió además la facultad de conocer las operaciones de concentración económica que deban ser notificadas a dicho organismo y, al igual que el TLDC, la de formular recomendaciones normativas al Poder Ejecutivo.

Por su parte, el TLDC, sucesor legal de las Comisiones Preventivas y de la Comisión Resolutiva, fue creado por la Ley N° 19.911 de 2003. Es un Tribunal especial sujeto a la superintendencia correctiva, direccional y económica de la Corte Suprema, y está compuesto por cinco ministros (tres abogados y dos economistas), uno de los cuales lo preside, quien debe ser abogado. El nombramiento de los ministros se realiza previo concurso público de antecedentes, en el que intervienen el Presidente de la República, el Banco Central y la Corte Suprema. Duran seis años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por un solo período.

La función más importante del TLDC es la jurisdiccional, esto es, conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia en un procedimiento contencioso especial regulado en los artículos 19 y siguientes del D.L. N° 211. Además de esta función, el TLDC tiene otras importantes atribuciones como las de absolver consultas, dictar instrucciones generales, emitir informes que se le encomienden en virtud de leyes especiales y formular recomendaciones normativas al Poder Ejecutivo. Con la dictación de la Ley N° 20.945 de 2016 se le confirió además la facultad de conocer y juzgar las indemnizaciones de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia; y la de conocer los recursos de revisión especial que se pueden deducir en contra de la resolución del FNE que prohíba una operación de concentración económica.

Por último, la Corte Suprema conoce los recursos de reclamación que se deducen en contra de las sentencias definitivas y resoluciones de término que dicta el Tribunal. Dichos recursos son conocidos y fallados por la Tercera Sala.



Enrique Vergara Vial, Presidente

CUENTA PÚBLICA DEL PRESIDENTE

DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DON ENRIQUE VERGARA VIAL

15 de mayo de 2017

I. Palabras iniciales

Como es habitual, el Tribunal da cuenta en esta fecha de los principales aspectos de su gestión del último año. Esta sana tradición que no se exige por ley sino que fue instituida por el Tribunal desde sus inicios como una medida de transparencia, tiene por objeto dar a conocer las actividades más importantes que se han realizado en el período, así como señalar los principales desafíos que se presentan para la institución en el corto y mediano plazo.

Antes de exponer dichas actividades, permítanme una reflexión sobre la importancia de la política de competencia como un pilar básico del desarrollo económico de nuestro país.

Al hacer esta reflexión es notable ver los avances que se han producido durante los últimos 20 años. Si hiciéramos un ejercicio de ficción, creo que, a fines de la década de los 90, muy pocos habrían imaginado el estado actual de evolución de la política de competencia en Chile.

Lo anterior se debe, entre otros factores, a que el fortalecimiento de la legislación de protección de la libre competencia ha sido una prioridad para los distintos gobiernos. Hagamos un pequeño repaso:

- 1) En el gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, se aprobó la Ley N° 19.610 que aumentó de manera significativa el presupuesto y la dotación del personal de la Fiscalía Nacional Económica (FNE).
- 2) En el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, se aprobó la Ley N° 19.911 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).
- 3) En el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria, se aprobó la Ley N° 20.361 que, entre otras materias, fortaleció las normas para perseguir los carteles, otorgando las facultades necesarias a la FNE.
- 4) En el gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echeñique, se creó la Comisión Rosende, cuyo informe final fue un insumo relevante para el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.945.
- 5) Finalmente, durante el actual gobierno de la Presidenta Bachelet, se aprobó la Ley N° 20.945 que estableció un sistema de control de operaciones de concentración, criminalizó la colusión y aumentó las multas, entre otras materias.

Como se puede apreciar, el perfeccionamiento de nuestra institucionalidad de libre competencia es un tema que ha generado altos grados de consenso en nuestras autoridades, lo que se ha reflejado en las votaciones que han tenido estos proyectos de ley.

Estas mejoras han posibilitado que se puedan investigar y castigar las conductas anticompetitivas de manera más eficaz. Muchas de ellas, en particular las colusivas, se han dado en mercados de productos altamente sensibles, lo que ha visibilizado este tema y ha permitido, a su vez, que exista una mayor conciencia en la opinión pública sobre el daño que producen al sistema la comisión de estas conductas.

Sin embargo, debemos ser prudentes. Si bien es cierto que la aparición de grandes casos provoca una legítima indignación en la ciudadanía, esto no puede ser motivo para caer en la tentación de sobre-regular o de querer solucionar todos los problemas a través de una ley.

Las conductas anticompetitivas seguirán existiendo, porque, lamentablemente, es parte de la naturaleza humana, como lo son los crímenes y los delitos. Lo importante es estar preparados como país para enfrentar este tipo de situaciones y, para ello, hoy tenemos una institucionalidad lo suficientemente fuerte. Las reformas legales que he mencionado dan cuenta de eso.

Por último, también es digno de destacar en este breve análisis sobre la evolución de la política de competencia la sofisticación de la discusión técnica. Estamos en presencia de casos cada vez más complejos, lo que exige un análisis más riguroso sobre el tema de fondo y también de otros más adjetivos, pero no por ello menos críticos, como la confidencialidad.

Esta evolución siempre ha impactado el quehacer del Tribunal, imponiéndole nuevos retos y el último año no ha sido la excepción. Nuestra historia ha estado marcada por el trabajo dedicado, acucioso y de excelencia de Ministros, profesionales y funcionarios, quienes se han adaptado con éxito a los cambios de los que di somera cuenta.

Asumir la Presidencia de esta prestigiosa institución en mayo de 2016 fue, por lo mismo, un honor y un desafío, más aún cuando nos encontrábamos ad portas de la promulgación de la ley que cambiaría la fisonomía de la normativa de libre competencia y otorgaría nuevas atribuciones al Tribunal.

La adaptación a esta etapa es un proceso aún en curso que, como siempre, busca fortalecer la institución y pretende enfocarse en su organización, sus protocolos y procedimientos.

Hoy daré cuenta de la actividad del Tribunal entre mayo de 2016 y mayo de 2017. En primer lugar, me referiré a los cambios en la integración y organización del equipo para luego dar cuenta de las capacitaciones a las que asistieron. En segundo lugar, expondré sobre el quehacer institucional presentando las estadísticas sobre su actuación y las relaciones de este organismo con el medio nacional e internacional. Terminaré esta cuenta con los desafíos que enfrenta actualmente el Tribunal.

II. Rendición de cuenta de la labor del Tribunal

A. Sobre el equipo del TDLC

El Tribunal está compuesto por cinco Ministros Titulares, dos Ministros Suplentes y 18 funcionarios, entre profesionales y administrativos, quienes se indican a continuación:

Ministro TDLC	Cargo	Duración
Enrique Vergara Vial	Presidente	Hasta mayo 2022
María de la Luz Domper Rodríguez	Ministro Titular Economista	Hasta mayo 2018
Eduardo Saavedra Parra	Ministro Titular Economista	Hasta mayo 2020
Javier Tapia Canales	Ministro Titular Abogado	Hasta mayo 2020
Jaime Arancibia Mattar	Ministro Titular Abogado	Hasta mayo 2018
Jorge Hermann Anguita	Ministro Suplente Economista	Hasta mayo 2020
Nicolás Rojas Covarrubias	Ministro Suplente Abogado	Hasta mayo 2020



Pleno de Ministros
De pie, de izquierda a derecha: Jorge Hermann Anguita (Ministro Suplente), Eduardo Saavedra Parra (Ministro), Enrique Vergara Vial (Presidente), Jaime Arancibia Mattar (Ministro) y Nicolás Rojas Covarrubias (Ministro Suplente). Sentados, de izquierda a derecha: Javier Tapia Canales (Ministro) y María de la Luz Domper Rodríguez (Ministro).

Personal TDLC	Cargo	Grado
Maria José Poblete	Secretaria Abogada	4
Daniela Gorab	Relatora Abogada	5
Carolina Oñate	Relatora Abogada	6
Angélica Burmester	Relatora Abogada	6
Silvia Retamales	Relatora Abogada	6
David Peña	Economista	5
Ignacio Parot	Economista	6
Nicolás Velasco	Economista	6
Elisa Greene	Economista	6
Christian Schalper	Encargado de Administración y Finanzas	5
Rodolfo Olea	Encargado de Informática	8
María Virginia Olivares	Encargada de Oficina de Partes	13
Alejandra Soto	Secretaria Ejecutiva	15
Rose-Marie Cisterna	Oficial Primero	16
Loreto Moreno	Oficial de Secretaría	16
Melissa Lezana	Oficial de Sala	17
Marco Soto	Auxiliar y chofer	19
Gilda Quiroz	Auxiliar	20

a) Cambios en el equipo

Desde el punto de vista interno, se ha producido una renovación muy importante en el Tribunal. En cuanto al pleno de ministros, el 2016 cambió la presidencia, la cual tengo el honor de dirigir, y la composición del mismo, por cuanto el Banco Central designó como Ministro Titular al hasta entonces Ministro Suplente don Jaime Arancibia, quien asumió en agosto de 2016. Por su parte, en enero de 2017, asumió don Nicolás Rojas Covarrubias en su reemplazo como Ministro Suplente abogado.

En lo que se refiere al equipo de profesionales, durante el último año se integraron como relatoras las abogadas Daniela Gorab y Silvia Retamales y, como economistas, Nicolás Velasco y Elisa Greene.

En cuanto a los cambios organizacionales ocurridos en el TDLC, se han contratado servicios complementarios de soporte en las áreas informáticas, comunicacionales y de gestión; y se han internalizado las funciones de manejo del área informática. En este sentido, en 2016 se contrataron los servicios de un experto en seguridad informática, quien asesora a la institución en dichas materias; y, en 2017, se contrató como encargado de informática y tecnología al ingeniero Rodolfo Olea. Asimismo, se seleccionó a Pilar Velasco Carvallo como asesora comunicacional; y a consultores organizacionales a cargo del acompañamiento en la gestión del TDLC y en la protocolización del trabajo interno, en el marco de la adecuación a las nuevas necesidades.

Pese a la importante renovación del equipo de profesionales del TDLC puedo decir, con mucha satisfacción, que el trabajo de la institución no se ha resentido con estos cambios. Todos ellos se han integrado con gran motivación, aportando su experiencia y sus conocimientos, lo que ha permitido que este proceso de cambios se lleve a cabo de manera fluida. Además, con las contrataciones de las nuevas funciones mencionadas, se han reorganizado las tareas del TDLC para adecuarnos a los nuevos requerimientos y responder de manera eficaz al mandato legal.

b) Capacitaciones

Entre mayo de 2016 y mayo de 2017, el equipo se capacitó dentro de Chile y en el extranjero. Entre dichas capacitaciones, cabe destacar la participación del encargado de administración y finanzas Christian Schalper en el curso Liquidación y cálculo de remuneración, ofrecido por la P. Universidad Católica de Chile; de la Secretaria Abogada y de las relatoras Silvia Retamales y Daniela Gorab en el Taller de tramitación electrónica en los procesos judiciales, ofrecido por el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago; de las relatoras abogadas Carolina Oñate, Angelica Burmester y Silvia Retamales en el curso Actualización Nuevos Daños, ofrecido por la Universidad de Chile; y de los economistas Nicolás Velasco y Elisa Greene, en el Taller de organización industrial TOI 9, ofrecido por Instituto Sistemas Complejos de Ingeniería de la Universidad de Chile.

Asimismo, en el extranjero se capacitaron el economista David Peña, quien participó en el curso Structural Econometric and Market Responses in Imperfectly Compe-



Administración

De pie, de izquierda a derecha: Rodolfo Olea, Rose-Marie Cisterna, Christian Schalper, Loreto Moreno y Marco Soto. Sentados, de izquierda a derecha: Gilda Quiroz, Alejandra Soto, María Virginia Olivares y Melissa Lezana.

titive Industries, ofrecido por el Centro de Estudios Monetarios y Financieros de Madrid, España; y la relatora Carolina Oñate, quien participó en la Global Antitrust Economics Conference, organizada por la Northwestern Pritzker School of Law de Chicago, Estados Unidos.

Finalmente, cabe destacar que dentro los próximos meses el TDLC espera recibir a especialistas en materia de daños para que expongan ante profesionales y Ministros sobre las últimas tendencias internacionales, procurando con ello la necesaria actualización ante los desafíos que impone al Tribunal la promulgación de la Ley N° 20.945.

B. Sobre el quehacer institucional

a) Algunos datos estadísticos (al 30 de abril de 2017)

A continuación me referiré muy brevemente a algunos datos estadísticos sobre la actividad del Tribunal, cuyo detalle se encuentra disponible en su página web.

En los 13 años de funcionamiento de este Tribunal, se han dictado 156 Sentencias correspondientes a procesos contenciosos, 50 Resoluciones respecto a consultas realizadas en diferentes materias, 4 Instrucciones de Carácter General, 12 Informes encomendados por leyes especiales, 19 Proposiciones de Modificación Normativa y se han aprobado 13 Acuerdos Extrajudiciales.

Este último año se llegó a término en 14 procedimientos contenciosos y 2 no contenciosos.

Los procesos contenciosos terminados por Sentencia durante el último año presentaron una duración promedio de 559 días corridos, o 1 año y 6 meses, duración que es muy similar a la del año anterior que fue de 556 días. En los últimos dos años la tramitación ha sido un 12% inferior al promedio del año que los antecedió, lo que empieza marcar algún grado de estabilidad.

Por su parte, en el caso de los asuntos sometidos al procedimiento no contencioso es más difícil sacar conclusiones, por cuanto sólo se dictaron una resolución y una proposición normativa la que, si bien no está sometida al procedimiento establecido en el artículo 31 de la ley, se incluye para efectos estadísticos. Considerando estos asuntos, la duración promedio de tramitación fue de 739 días corridos, cifra largamente superior al promedio del año anterior (de 186 días), al del año precedente a ese (223 días) y al promedio histórico (238 días). Sin embargo, esta alza se explica, fundamentalmente, por la duración de la tramitación de la Proposición de modificación normativa N° 19/2017 sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal, un asunto extremadamente complejo porque importaba una modificación sustancial en dicho mercado y porque en el proceso participaron numerosos intervinientes.

Si bien estas cifras muestran una cierta estabilidad en la duración de la tramitación de las causas, salvo el caso de la recomendación normativa que acabo de señalar, estamos conscientes de que en esta materia debemos hacer un esfuerzo mayor para disminuir estos tiempos. Es una de nuestras preocupaciones principales, especialmente si, como se espera, el volumen de trabajo aumenta con la aplicación de la modificación introducida por la Ley N° 20.945.

Considerando las conductas que son objeto de estudio en esta sede, la más considerable en términos porcentuales sigue siendo el abuso de posición dominante, aunque ha aumentado claramente la importancia relativa de la colusión a partir de la reforma legal del año 2009, que introdujo la figura de la delación compensada y otorgó a la Fiscalía las denominadas facultades intrusivas.

Respecto del inicio de nuevos asuntos, en el último año disminuyó en un 22% el número de asuntos ingresados al Tribunal respecto del año anterior, habiendo ingresado sólo 14 causas, en circunstancias que el promedio histórico es de 35 asuntos al año.

Finalmente, respecto de las reclamaciones de sentencias y resoluciones ante la Corte Suprema, del total de 156 sentencias dictadas por este Tribunal, 99 han sido reclamadas ante la Corte Suprema (un 63%). De ellas, sólo 13 han sido revocadas. En este último período se observa que la proporción de sentencias reclamadas aumentó respecto del año anterior, pasando de un 75% a un 88% de las sentencias dictadas. Por otra parte, de las 50 resoluciones pronunciadas por este Tribunal desde que comenzó sus labores, 9 han sido reclamadas ante la Corte Suprema y, de ellas, 6 han sido confirmadas.

b) Sobre las relaciones con el medio y la comunidad internacional

Finalmente, quisiera dar cuenta de los esfuerzos que el TDLC ha realizado durante este período por acercarse a la comunidad, no sólo haciéndose asesorar por una



Profesionales

De pie, de izquierda a derecha: Daniela Gorab, Carolina Oñate, Angélica Burmester, Silvia Retamales y María José Poblete (Secretaria Abogada del TDLC). Sentados, de izquierda a derecha: Nicolás Velasco, Elisa Greene y David Peña.

encargada de comunicaciones que facilite el trabajo de la prensa y la comprensión de nuestra misión; sino también iniciando la transmisión de las vistas y audiencias públicas de las causas por streaming y comenzando el trabajo de mejora del sitio internet que esperamos terminar en los próximos meses. En este mismo sentido, se presenta hoy un anuario sobre el trabajo realizado por el Tribunal durante este período, el que contiene esta cuenta pública, así como las sentencias dictadas y una ficha sinóptica de cada una de ellas. La versión electrónica del libro estará disponible en nuestro sitio internet.

Asimismo, miembros del Tribunal participaron de instancias académicas y de reflexión en materias de libre competencia en el marco de paneles, cursos y seminarios organizados en Chile. Por otra parte, el Tribunal ha mantenido su participación en instancias internacionales, lo que en política de competencia es esencial. En efecto, por su naturaleza, este tipo de legislaciones establece normas generales que obligan a quienes las aplican a interpretarlas, lo que ha promovido un sano y necesario intercambio de experiencias entre las distintas autoridades. Sólo a modo de ejemplo, todas las agencias de competencia se enfrentan a problemas similares cuando tienen que fijar los umbrales de las operaciones de concentración, castigar con penas privativas de libertad a los carteles o definir el mercado relevante en industrias complejas.



Así, durante el último año, miembros del Tribunal han participado tanto como expositores como en cuanto asistentes en las siguientes actividades y cursos organizados por organismos internacionales de defensa de la libre competencia y otras instituciones: la 43° Conferencia Anual de la European Association for Research in Industrial Economics - EARIE, organizada por la Universidad Nova Lisboa, en Portugal; el curso "Competition, Regulation, and Risk-Taking in Banking", ofrecido por el CEMFI, en España; la ICN Chief/Senior Economists Workshop, organizado por la British Columbia University, en Canadá; la Ninth Annual Searle Center Conference on Antitrust Economics and Competition Policy, organizada por la Northwestern University, en Estados Unidos; la 43rd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, The Future of Antitrust in Asia, ofrecida por Fordham University, en Estados Unidos; la conferencia The Global Antitrust Economics Conference, organizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en Argentina; la conferencia Comparative Competition Law Conference, ante la OCDE, en Francia; el Seminario internacional de defensa de la competencia, organizado por la Asociación Paraguaya de Estudios sobre Defensa de la Competencia (APEDC), en Paraguay; la conferencia Mergers and Acquisitions in Latin America: new opportunities in a changing scenario, organizada por la International Bar Association, en Argentina; el curso The Barcelona GSE Intensive Course on Competition in Pharmaceuticals and Healthcare Services, ofrecido por



la Barcelona Graduate School of Economics, en España; la reunión ABA Section of Antitrust 2017 Spring Meeting, organizada por la American Bar Association, en Estados Unidos; el Foro latinoamericano y del Caribe de competencia y la Reunión de la Asamblea General del Centro Regional de Competencia (CRC) 2017, organizado por el Banco Internacional de Desarrollo, la OCDE y el Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de Nicaragua, en Nicaragua; y el Taller y seminario sobre prueba científica y testigos expertos en temas de regulación y competencia, ofrecido por el Programa Interdisciplinario de Regulación y Competencia del CIDE, en México.

Estos encuentros son ocasiones únicas de aprendizaje y cooperación internacional para quienes representamos a este Tribunal, así como la oportunidad de mantenernos en la punta del conocimiento en nuestra disciplina.

III. Desafíos para el futuro

A. Implementación de los cambios introducidos por la Ley N° 20.945

Como anticipé, la última reforma al Decreto Ley N° 211 incorpora importantes mejoras al sistema de libre competencia, las cuales conllevan significativos desafíos para sus autoridades, especialmente en lo relacionado con sanciones, operaciones de concentración e indemnización de perjuicios.

En lo que dice relación con las sanciones, se establece un nuevo monto de multa máxima aplicable: (i) hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos asociada a la infracción por el período que se haya extendido; (ii) hasta el doble del beneficio económico; o (iii) hasta 60.000 UTA. Además, se agregan dos nuevas circunstancias para su determinación, cuales son el efecto disuasivo y la capacidad económica del infractor.

Esta modificación prevé un sistema razonable de sanciones pecuniarias, estableciendo límites proporcionales y disuasivos al mismo tiempo. En esta materia, el Tribunal, en sus últimas sentencias, ha incorporado estos elementos para efectos de determinar las multas. Así, en la medida en que cuenta con información disponible, las ha calculado teniendo en consideración el beneficio económico obtenido o, en su defecto, las ventas. Además, se están fijando puntos de prueba exclusivamente atinentes a las multas. El principal desafío es contar con la mayor cantidad de información posible y, en este sentido, son las partes quienes deben proveer dicha información.

Por otra parte, en casos de colusión, se establece como nueva sanción la de prohibir al infractor contratar con organismos públicos, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada, por un plazo de 5 años. La aplicación de esta sanción deberá hacerse de manera prudente, teniendo además en consideración el número de actores que participa en el mercado involucrado, de manera de evitar posibles problemas de abastecimiento para el Estado.

En lo relativo al nuevo sistema de control de operaciones de concentración, la ley reserva para el Tribunal un rol menos preponderante que aquel que tenía, pero no por ello menos importante. En este nuevo esquema, al Tribunal le corresponde substanciar el procedimiento de revisión especial de aquellas operaciones que fueran prohibidas previamente por el Fiscal Nacional Económico (FNE). El desafío en esta materia será instituir un procedimiento eficiente, en el que el Tribunal pueda contar con los antecedentes necesarios para adoptar su decisión en un tiempo razonable.

Por último, la competencia entregada por la Ley N° 20.945 a este Tribunal para conocer las acciones de indemnización de perjuicios es la tarea que se presenta como la más compleja de acometer. En primer lugar, porque se trata de una materia distinta a la infraccional. Determinar los daños causados por un hecho o acto es de suyo complejo, pero en esta sede puede serlo aún más. La relación de causalidad entre el hecho y el daño efectivamente causado, la procedencia del daño moral, los intereses colectivos o difusos de los consumidores, las defensas de pass on que se pueden interponer, implican el conocimiento y análisis de nuevos conceptos.

Queremos hacerlo bien. La dimensión reparatoria es crucial en un sistema de protección de la libre competencia pues, al final del día, los consumidores son los afectados por las prácticas anticompetitivas. Por esto, y como anticipé, hemos contratado a la reconocida consultora internacional Charles Rivers Associates para que nos asesore en esta materia.

B. Avanzar hacia la digitalización de nuestros expedientes

Si bien la Ley N° 20.886 sobre Tramitación digital de los expedientes judiciales no se aplica al Tribunal, hemos decidido migrar nuestros expedientes del formato físico al electrónico o digital. Esta medida no es solo necesaria en aras de una mayor celeridad y eficiencia en la tramitación de las causas que actualmente se ventilan en esta sede sino también por el volumen de nuestros expedientes.

El Tribunal ya cuenta con cierta experiencia en la digitalización de sus procesos. Así, a la fecha, están en línea las causas en actual tramitación y todas aquellas iniciadas desde agosto de 2015. Respecto de las causas contenciosas iniciadas con anterioridad, se han puesto en línea las principales piezas del expediente, esto es, los escritos, resoluciones, informes acompañados y transcripciones de audiencias, hasta el año 2009.

C. Nueva regulación sobre confidencialidad

La creciente importancia y complejidad que ha ido adquiriendo la confidencialidad o reserva de ciertos antecedentes que se acompañan en los procedimientos que se siguen ante este Tribunal, especialmente aquellos que tienen su origen en procesos de delación compensada ante la FNE, ha hecho necesario revisar los criterios establecidos en el Auto Acordado N° 15/2012.

Los problemas prácticos que se han presentado en los últimos años han demostrado que es necesario ordenar la discusión de la confidencialidad o reserva por etapas. Así, en una primera etapa, estimamos que sólo se debe discutir si procede o no conceder la confidencialidad o reserva a un instrumento; y, en una segunda, de acogerse una solicitud de confidencialidad o reserva, se debe discutir la extensión de su versión pública.

Para estos efectos, con esta fecha se ha dictado un nuevo auto acordado sobre reserva y confidencialidad de la información en los procesos, el que queda a su disposición en el sitio web.

Hemos dado cuenta hoy de lo ocurrido entre mayo de 2016 y mayo de 2017 en el TDLC e iniciamos un nuevo año decididos a poner todos nuestros esfuerzos por cumplir con dedicación y excelencia la misión que la ley nos encomienda; y sortear los importantes desafíos que están por venir.

Muchas gracias.

149/2016

150/2016

151/2016

152/2016

153/2017

154/2016

155/2016

19/2017

50/2017

156/2017

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

Mayo 2016 / Abril 2017



SENTENCIA 149/2016 (Causa Rol C 283-14)

"Demanda de Transportes Delfos Ltda. contra SCL Terminal Aéreo Santiago S.A."

Fecha dictación: 12 de mayo de 2016.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Enrique Vergara Vial, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra y Javier Tapia Canales.

Demandante: Transportes Delfos Limitada ("Delfos")

Demandados: SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. ("SCL"), Sociedad Administradora de Estacionamientos Maxximiza S.A. ("Maxximiza") y Agencias Universales S.A. ("Agunsa").

Resumen de la controversia: Delfos acusó a SCL y Maxximiza de haberse coordinado para aprovechar la posición dominante de SCL en el mercado de transporte de pasajeros desde el Aeropuerto de Santiago y la ciudad de Santiago. En específico, acusó a ambas empresas de haber instaurado facilitadores en la zona restringida del Aeropuerto, para vocear y desviar la demanda de minibuses hacia otros medios de transporte y de haber eliminado los estacionamientos de minibuses para que Maxximiza pudiera disponer de ellos, discriminando a Delfos.

Mercado afectado: Servicios de transporte de pasajeros entre el Aeropuerto y la ciudad de Santiago.

Resolución Tribunal: Se rechazó la demanda ya que no se acreditaron las acusaciones realizadas por Delfos.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 34.849-2016)

Temas que trata: Barreras a la entrada; concesiones; legitimación activa; abuso de posición dominante; licitaciones; poder de mercado; sujetos pasivos de eventuales sanciones impuestas por el Tribunal; acusación de hechos futuros; discriminación anticompetitiva.

Santiago, doce de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 29, el 17 de julio de 2014, Transportes Delfos Limitada (en adelante, indistintamente, "Delfos" o la "demandante") dedujo una demanda en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. (en adelante, indistintamente, "SCL") y la Sociedad Administradora de Estacionamientos Maxximiza S.A. (en adelante, indistintamente, "Maxximiza").

1.1. Delfos sostiene que SCL y Maxximiza habrían infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, indistintamente, "D.L. N° 211") al ejecutar prácticas abusivas en contra de Delfos, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de transporte de pasajeros desde y hacia el terminal de pasajeros del Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez (en adelante, indistintamente, el "Aeropuerto").

1.2. La demandante expone que SCL se adjudicó las bases de concesión para la construcción, explotación y conservación del Aeropuerto Arturo Merino Benítez (en adelante, indistintamente, "Bases AMB"), mediante el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, indistintamente, "MOP") N° 1168/1997. En virtud de dicha concesión, SCL se encontraría facultada para explotar, entre otras obras, diversos servicios aeronáuticos y no aeronáuticos comerciales que podría subconcesionar. Delfos indica que es subconcesionaria de la prestación de transporte público en minibuses desde y hacia el Aeropuerto, lo que constaría en el contrato N° 2173 de 29 de diciembre de 2011.

1.3. Explica que SCL habría decidido establecer un sistema de control de acceso para evitar los taxis piratas denominado "Vía Controlada" o "Vía Exclusiva", el cual habría sido adjudicado a Maxximiza, conforme a las bases de subconcesión de construcción, administración y operación de la Vía Controlada de 2012 (en adelante, indistintamente, "Bases de la Vía Controlada"). En opinión de la demandante, la empresa Maxximiza sería la encargada de organizar y coordinar a todos aquellos taxis que prestarían el servicio de traslado de pasajeros y público en general desde el Aeropuerto; exceptuando a los buses y minibuses.

1.4. Acusa que Maxximiza y SCL se habrían coordinado para aprovechar la posición dominante de SCL en el transporte de pasajeros terrestre desde y hacia el Aeropuerto a través de la facultad conferida a Maxximiza en el contrato de subconcesión de la Vía Controlada de disponer de facilitadores, que no serían otra cosa que voceadores. Agrega que éstos operarían dentro de la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto donde no tendrían acceso los vendedores de Delfos, dirigiendo la demanda de transporte de pasajeros.

1.5. En cuanto a los incentivos respecto de los facilitadores, Delfos expone que SCL recibiría un 10% de los ingresos netos por uso de los estacionamientos de taxis y un 10% de los ingresos netos percibidos por la tarifa por el servicio de transporte prestado, ambos de la Vía Controlada. Por

otra parte, Maxximiza percibiría un 90% de los ingresos netos recaudados por concepto de servicios de transporte más la cantidad única y total de 300 Unidades de Fomento por la administración y operación de los estacionamientos de la Vía Controlada. Lo anterior, permitiría un actuar coordinado de SCL y Maxximiza.

1.6. En segundo término, Delfos acusa que las Bases de la Vía Controlada modificarían el equilibrio actual, ya que se eliminan todos los estacionamientos de minibuses, dejando sólo estacionamientos para taxis. Agrega que, como efecto de las conductas acusadas, Maxximiza tendría la facultad de asignar estacionamientos de minibuses por trato directo y de crear una central oficial de reserva de taxis y minibuses. Al mismo tiempo, concentraría toda la oferta de taxis y obtendría una posición dominante para elevar las tarifas de forma general. Por último, estima que la Empresa de Transporte Transvip SpA (en adelante, indistintamente, "Transvip") se vería favorecida porque posee taxis y cuenta con la cooperación de SCL.

1.7. Lo anterior, a su juicio, infringiría las siguientes disposiciones: (i) la prohibición de discriminación que recae sobre SCL según las Bases AMB; (ii) la prohibición de disponer de voceadores (Dictamen de la H. Comisión Preventiva Central N° 958/672); y (iii) la obligación de licitar y adjudicar la subconcesión de taxis a quien ofrezca menor precio a favor del usuario (Resolución N° 3/2005 de este Tribunal).

1.8. Para concluir, la demandante añade que desde el año 2000 SCL habría incitado y amparado conductas que intentarían desplazar a Delfos de su gestión empresarial dentro del ámbito del transporte público terrestre de pasajeros. En este contexto expone que SCL habría incumplido dictámenes de la H. Comisión Preventiva y de la H. Comisión Resolutiva y que habría sido condenada en la Sentencia N° 61/2007 y la Sentencia N° 75/2008, ambas dictadas por este Tribunal y confirmadas por la Corte Suprema.

1.9. Delfos indica que tanto el MOP como su inspector fiscal, quien estaría a cargo de fiscalizar e inspeccionar la explotación de la concesión del Aeropuerto (en adelante, indistintamente, "Inspector Fiscal"), se habrían caracterizado por incumplir el contrato de las Bases AMB y la Ley de Concesiones (aprobada por Decreto Supremo MOP N° 900) -conforme constaría en el considerando décimo octavo de la sentencia N° 61/2008 y sexagésimo séptimo de la sentencia N° 75/2008- toda vez que no ejercerían la labor de fiscalización que dicha ley y el contrato le habrían encomendado.

1.10. En lo que respecta a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, indistintamente, "FNE"), la demandante señala que los hechos descritos en esta demanda no se encontrarían comprendidos en la investigación relativa a las bases de licitación de servicios de buses y minibuses (en adelante, indistintamente, "Bases Minibuses") y las Bases de la Vía Controlada que finalizó con la resolución de archivo de 10 de octubre del 2012 de la FNE. Indica, además, que este Tribunal no queda limitado en el estudio del caso que se someta a su decisión cuando los hechos que constituyen el negocio jurídico son distintos a los investigados por el órgano fiscalizador.

2. A Fojas 62, el 19 de agosto de 2014, Delfos amplió su demanda en contra de Agencias Universales S.A. (en adelante, indistintamente, “Agunsa”) porque sería el controlador de SCL, conforme a la Ley de Mercado de Valores, al detentar el 47,6% de su capital accionario. En este contexto, Delfos indica que presume que la constante y pertinaz conducta violatoria de SCL en contra de su normativa respondería a una política preparada, programada y ejecutada por su sociedad controladora. Añade que Agunsa habría participado en el llamado a licitación del Aeropuerto (para el período 2015 a 2030) y que también prestaría servicios de transporte terrestre.

2.1. Por otra parte, en el mismo escrito señala que Transvip ha tenido un mostrador adicional a Delfos. Explica que, conforme al contrato de subconcesión de minibuses entre Delfos y SCL previamente señalado, Delfos tendría cuatro espacios para instalar mostradores en el Aeropuerto (dos espacios en el salón de uso público, un espacio en el área restringida en la zona de inmigraciones del terminal internacional y otro en la zona de recepción de equipajes en el terminal nacional); un inmueble de 83,13 metros cuadrados en el salón de uso público; cinco estacionamientos para minibuses en el estacionamiento del ex terminal nacional; y cinco estacionamientos para minibuses, próximos al terminal de pasajeros.

2.2. Delfos acusa que desde el año 2012 hasta mayo de 2014, Transvip –a quien identifica como competidor directo– habría tenido un mostrador adicional (un quinto mostrador), el cual se habría ubicado, en un principio, en el salón público del terminal de pasajeros y que luego, a mediados de 2013, habría sido trasladado al área de recepción de equipajes del terminal internacional producto de los reclamos de Delfos. La demandante acusa que este mostrador adicional habría sido convenido entre SCL y Transvip de manera directa, discriminatoria, clandestina y oculta, infringiendo las Bases AMB, los dictámenes N° 1202/2002 y N° 684/2003 de las H. Comisiones Antimonopolio y las sentencias N° 61/2007 y N° 75/2008 de este Tribunal. Lo anterior, a partir de una presunción: que las condiciones del contrato de Transvip serían las mismas de Delfos, pues, de lo contrario, estima que SCL discriminaría arbitrariamente a Delfos.

2.3. Delfos agrega que SCL habría favorecido con anterioridad a Transvip, al adjudicarle la subconcesión de transporte, en circunstancias de que compartía controladores y administradores con Transportes Centropuerto Limitada y Empresa de Transporte Rurales S.A. en la empresa Grandleasing.

2.4. Para determinar la magnitud de eventuales sanciones, la demandante indica que aparecen con meridiana claridad el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción y la gravedad de la conducta, esto último en atención a la evidente e incontestable posición dominante y a la reincidencia de SCL.

2.5. En mérito de lo descrito, Delfos solicita a este Tribunal que:

- (i) Se acoja la demanda;
- (ii) Se ordene a las demandadas abstenerse de realizar las conductas descritas en el libelo y toda otra que persiga análogo propósito o produzca similares efectos;

(iii) Se condene a las demandadas, a sus representantes legales o gerentes generales y a quienes eran sus directores al momento de la ocurrencia de los hechos que motivaron la demanda a pagar cada una, solidariamente, una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, indistintamente, "UTA") o la suma que este Tribunal determine;

(iv) Se modifique el contrato de subconcesión de Maxximiza en el sentido de eliminar a los facilitadores y la función que deben cumplir; obligar a SCL a diseñar y poner en marcha un sistema de señalización e información sencillo y claro respecto de cada una de las empresas de servicios de transporte terrestre y sus tarifas, sin ninguna discriminación y conforme a los términos del Dictamen N° 958/672 de la H. Comisión Preventiva Central, para ser aprobado por este Tribunal antes de su puesta en marcha; facilitar a los minibuses de Delfos estacionamientos próximos a la puerta N° 3 de la salida del terminal aéreo, sin ninguna clase de discriminación; y, prohibir absolutamente a Maxximiza realizar cualquier acto que signifique o implique la administración del transporte terrestre de pasajeros en el Aeropuerto;

(v) Se ordene al Director General de Obras Públicas y al Inspector Fiscal que adecúen la fiscalización de SCL a las disposiciones establecidas en la ley de concesiones y en el contrato de concesión;

(vi) Se oficie al Director General de Obras Públicas a objeto que disponga que Agunsa S.A. y sus sociedades y personas relacionadas estén inhabilitadas de participar en el actual y futuros procesos de licitación del Aeropuerto; y

(vii) Se condene a las demandadas en costas.

3. A fojas 305, el 17 de octubre de 2014, SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria contestó la demanda de Delfos y su ampliación, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

3.1. Indica que es titular de la concesión de la obra pública fiscal del Aeropuerto otorgada por Decreto Supremo N° 1168 de 5 de diciembre de 1997 del MOP. En virtud de dicha concesión habría asumido la obligación de efectuar las obras de ampliación y mejoramiento del Aeropuerto y que, como contraprestación, quedó autorizada para explotar los servicios comerciales, aeronáuticos y no aeronáuticos obligatorios, dentro de los que se encuentran los servicios de transporte público y sus áreas de estacionamientos, comprendiendo los servicios de buses, minibuses y taxis.

3.2. Señala que, contrariamente a lo señalado por la demandante, SCL siempre ha actuado con estricto apego a la normativa vigente, esto es, la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto Supremo N°900 del MOP de 1996), las Bases AMB, su respectivo contrato de concesión y la Sentencia N° 61/2007.

3.3. Respecto de las Bases AMB, señala que éstas contendrían los mecanismos de resguardo suficientes para garantizar la inexistencia de conductas contrarias a la competencia por parte del concesionario al contemplar sanciones sustantivas, pues la H Comisión Preventiva Central ya se habría pronunciado sobre éstas.

3.4. En relación con el cumplimiento de la Sentencia N° 61/2007, SCL hace presente que dicha sentencia no le impuso ninguna sanción, reproche o multa, sino que ordenó que se asignaran las subconcesiones mediante licitación pública, una vez terminadas las subconcesiones vigentes. Explica que Transvip había prestado los servicios de transporte durante el año 2010; esto habría sido debidamente informado a las autoridades competentes porque se necesitaba una continuidad en el servicio. Por otra parte, aclara que, previa postulación a la licitación, Transportes Centropuerto Limitada y Empresa de Transporte Rurales S.A. renunció, cada una, a su respectiva subconcesión.

3.5. Respecto de la licitación de los servicios de buses y minibuses, SCL informa que habría tenido reuniones periódicas e intercambios de información con la FNE hasta la aprobación de las Bases Minibuses, el 11 de noviembre de 2011. Asimismo señala que, posteriormente, el 23 de diciembre de 2011, las empresas Transvip y Delfos se habían adjudicado la subconcesión del servicio de minibuses, la que estaría vigente hasta el término de la concesión de SCL (en septiembre de 2015). SCL hace presente que ni Transvip ni Delfos se encontrarían relacionadas entre sí.

3.6. Argumenta que no es efectivo que haya discriminado entre las empresas de minibuses, favoreciendo a Transvip por sobre Delfos, toda vez que ambas contarían con numerosos y similares puntos de venta, numerosos estacionamientos para sus vehículos en los mejores lugares del terminal y numerosos captadores de pasajeros en las salidas nacional e internacional. De acuerdo con las Bases Minibuses cada empresa podría operar cuatro mostradores de atención. Actualmente, ambas empresas contarían con cinco mostradores ubicados de la siguiente manera: tres en el área restringida (uno en la zona de recepción de equipajes en el terminal nacional, uno en la misma zona del terminal internacional y uno en la zona de inmigraciones del terminal internacional) y dos en el salón de uso público (uno al costado de la puerta N° 1 y otro al costado de la puerta N° 4 del Aeropuerto).

3.7. Señala, como corolario de lo expuesto, que cada uno de los contratos entre SCL y sus subconcesionarios –y sus respectivas modificaciones– han sido remitidos al Inspector Fiscal sin que hasta la fecha exista ningún reparo de dicha autoridad.

3.8. SCL precisa que las acusaciones de Delfos serían producto de que ésta no obtuvo el acuerdo comercial que buscaba. Explica que antes de presentar la demanda, Delfos habría solicitado, mediante carta de 20 de enero de 2014, mejoras en las instalaciones del Aeropuerto, medidas de mitigación respecto de la Vía Controlada y una extensión del plazo de su subconcesión hasta el año 2019. SCL habría respondido dicha carta el 30 de enero de 2014 no dando lugar a sus peticiones, razón por la cual Delfos habría recurrido al

MOP solicitando, por carta 30 de mayo de 2014, que se pusiera término al contrato de concesión de SCL por incumplimiento grave de sus obligaciones.

3.9. En particular, sobre la solicitud de extender el plazo de subconcesión de Delfos SCL hace presente que se encuentra impedida de renovar en forma automática o anticipadamente los contratos de subconcesión de transporte público de pasajeros, en tanto ello no sea expresamente autorizado por este Tribunal.

3.10. Respecto del mercado relevante, SCL explica que el transporte público de pasajeros desde el Aeropuerto es un servicio prestado por taxis, buses y minibuses. Los taxis corresponden a un medio de transporte público individual, mientras que los minibuses a uno colectivo. En consecuencia, el transporte de minibuses no sería sustituto cercano del transporte por medio de taxis. Lo anterior, habría sido reconocido por la FNE en la investigación Rol N° 86-06.

3.11. Para enfrentar el aumento de pasajeros y la confiabilidad que pretende proyectar Chile, la autoridad y SCL habrían acordado cuatro convenios complementarios al contrato de concesión del Aeropuerto, el último de los cuales contendría el diseño de la Vía Controlada.

3.12. De acuerdo con SCL, el proyecto de la Vía Controlada permite que cualquier taxi registrado en el Ministerio de Transportes pueda acceder a estacionamientos del Aeropuerto en forma ordenada y secuencial, regulando el lugar donde deben circular los taxis y definiendo los espacios para estacionamientos. Con ello, se ordenaría el transporte público de taxis y se abriría la competencia en el servicio de transporte público en el Aeropuerto.

3.13. Aclara que Maxximiza no estaría constituida como empresa de transporte y que bajo ningún punto de vista podría realizar, manejar o controlar en cualquier forma empresas de transporte público o privado.

3.14. Niega que el proceso de licitación de la Vía Controlada haya vulnerado las normas protectoras de la libre competencia. En primer lugar, indica que el proceso se encontraría plenamente circunscrito al marco de legalidad fijado por las Bases de la Vía Controlada y al ordenamiento vigente. En segundo lugar, las Bases de la Vía Controlada habrían sido confeccionadas con la aprobación del MOP, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, indistintamente, "MTT"), del Ministerio de Economía y Turismo, del Servicio Nacional de Turismo (en adelante, indistintamente, "Sernatur"), de la Federación de Empresas de Turismo de Chile (en adelante, indistintamente, "Fedetur"), de Carabineros de Chile, de la I. Municipalidad de Pudahuel y de la FNE. Es por ello que dichas bases gozarían de la presunción de legalidad de los actos administrativos y sería imposible calificarlas como anticompetitivas. En tercer lugar, el proceso habría seguido criterios racionales y objetivos, que garantizarían el acceso al mercado a todos los operadores interesados mediante un proceso público, abierto y competitivo.

3.15. Con posterioridad a la licitación, adjudicación y firma del contrato entre SCL y Maxximiza, Delfos y Transvip le habrían solicitado que se les asegurara que Maxximiza se dedicaría únicamente a la administración de la Vía Controlada y que, bajo ningún punto de vista, manejaría o controlaría una empresa de transporte público o privado. Por este motivo, SCL habría acogido dicha solicitud y habría estado próximo a suscribir con Maxximiza un adenda a su contrato.

3.16. Enfatiza que los resultados eventualmente atentatorios a la libre competencia en la ejecución y explotación de la Vía Controlada son sólo suposiciones. Indica que la subconcesión aún no se encontraba operativa y recién se hallaba en su período de marcha blanca, por lo que no haber llegado a generar los efectos discriminatorios planteados por la demandante.

3.17. Respecto de las conductas que atentarían en contra la libre competencia, señala que no se configuraría un abuso de posición dominante, pues no habría hecho un mal uso, uso excesivo, injusto o impropio de dicha posición. Así, sólo detentar una posición dominante no sería por sí una infracción a la libre competencia. Prueba de ello sería que ninguno de los otros subconcesionarios habría presentado reclamo alguno.

3.18. Explica que una vez que se implemente el sistema de Vía Controlada no se utilizarían voceadores, pues están estrictamente prohibidos. En cambio, sí se implementarían facilitadores que son distintos de los voceadores, por cuanto los primeros sólo dirigirán a aquellos pasajeros que cuenten con reserva previa de taxi, siendo los demás pasajeros que no tienen reserva previa libres de elegir el servicio que estimen acorde con sus propios requerimientos. Aclara que los facilitadores se encontrarían en áreas restringidas donde las empresas de minibuses tienen mostradores. Además, aclara que Maxximiza no creará una central de reservas, pues las Bases de la Vía Controlada sólo permiten la explotación de la Vía y nada más.

3.19. Por otra parte, niega absolutamente la existencia de una alianza, coordinación o colusión con Maxximiza. Lo anterior se sustentaría en que (i) SCL habría mantenido los contratos con todos los subconcesionarios de servicios de buses y minibuses; y, (ii) SCL y Maxximiza no serían competidores (SCL detenta el carácter de subconcesionario del Aeropuerto; Delfos y Transvip explotan subconcesiones de transporte público; y Maxximiza explota la Vía Controlada).

3.20. Reitera que el objeto de la Vía Controlada es precisamente ampliar el número de competidores en los servicios de transporte público de pasajeros de forma ordenada y reglada.

3.21. En mérito de lo descrito, SCL solicita a este Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

4. A fojas 407, el 24 de noviembre 2014, Maxximiza contestó la demanda, señalando que ésta es impulsada por una demandante que habría declarado sentirse perjudicado por la existencia de una mayor competencia –el proyecto ya habría

sido calificado como pro competitivo por todas las autoridades- y que pretende obtener una ampliación del plazo de su subconcesión.

4.1. Señala que el MOP habría aprobado el Convenio Complementario N° 3 que modificaba el contrato de concesión del Aeropuerto y disponía la realización del proyecto de Vía Controlada. Lo anterior, atendido los perjuicios que ha generado para la imagen del país el constante y permanente acoso a los viajeros que salen del Aeropuerto por parte de los taxistas, captadores de pasajeros y otras personas vinculadas al transporte.

4.2. Indica que el proyecto de Vía Controlada es un conjunto de bienes que incluye vías exclusivas y estacionamientos para el transporte público y un sistema de gestión de estos bienes, que tienen por objeto facilitar un adecuado flujo de pasajeros a sus medios de locomoción. Según Maxximiza, este sistema debiera generar una mayor competencia entre los operadores de taxis, terminar con el acoso hacia los pasajeros y eliminar la presencia de taxis piratas con los consecuentes problemas que ello ha generado.

4.3. Expone que el procedimiento de ingreso a la Vía Controlada es el siguiente: (i) cualquier taxi autorizado por el MTT puede ingresar, previo enrolamiento en el registro de taxis de Vía Controlada; (ii) si un taxi entra sin reserva, se le asignaría un número de atención, si entra con reserva, se registrarían los datos que permitirían contactar al pasajero; (iii) en la medida en que se liberan cupos de estacionamientos en las zonas de abordaje de pasajeros para cada tipo de servicio, los taxis hacen ingreso a la zona de embarque para recoger pasajeros.

4.4. Agrega que, paralelamente al ingreso de los taxis, los pasajeros pueden elegir el tipo de taxi que deseen en los mostradores de atención, en los que se les informa una tarifa fija o referencial, según el transporte elegido, y se les emite un voucher con un valor por pagar, en el caso de taxis básicos, o con el valor correspondiente a la cantidad que paga el pasajero en los mostradores, en los casos de taxis turismo y ejecutivo. Los pasajeros que cuentan con reserva previa también tienen un servicio de asistencia. En la zona de embarque, el coordinador de Maxximiza apoyaría al pasajero para abordar el taxi que le corresponde.

4.5. Indica que hasta septiembre de 2015, fecha en que expiran los contratos actuales, no tendría injerencia en la gestión de los minibuses. A partir de esa fecha, los minibuses formarían parte de la Vía Controlada. Por lo tanto, los espacios y prerrogativas de las empresas de minibuses hasta antes de la implementación de la Vía Controlada no habrían sido alterados, pues ellos habrían continuado usando la cantidad de espacios asignados por su subconcesión. Luego, aclara que los minibuses, a diferencia de los taxis, no deben pagar una tarifa por el servicio de uso de la Vía Controlada.

4.6. Señala que los taxis y los minibuses prestarían servicios esencialmente diferenciados, conforme al Decreto N° 212 de 1992 del MTT, que fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. Explica que el servicio de taxis es un servicio individual, en que el pasajero define un destino único y cuya tarifa, por consecuencia, es más alta. Por su

parte, el traslado en minibuses, al ser un servicio colectivo, implica que el vehículo deba dirigirse a distintos destinos según lo solicitado por los pasajeros, lo que deviene en un viaje con tiempos más extensos y el consiguiente cobro de una tarifa menor.

4.7. Maxximiza señala que no es una empresa de transporte ni compete con ninguna de ellas. Por su parte, los taxis, minibuses y buses pertenecen a mercados relevantes distintos, que atienden necesidades y servicios diferenciados, sin perjuicio de que taxis y minibuses podrían competir en el margen, dependiendo de la necesidad específica de cada pasajero y su disposición a pagar.

4.8. Maxximiza expone que no participó en la decisión de desarrollar el proyecto Vía Controlada, como tampoco en el diseño de las Bases de la Vía Controlada ni mucho menos en la elección del adjudicatario de la subconcesión. Sólo habría participado en el llamado a licitación realizado por SCL, la que le habría sido adjudicada por haber presentado la oferta más competitiva.

4.9. Sin perjuicio de lo anterior, indica que las Bases de Vía Controlada habrían sido revisadas por diversas autoridades, incluyendo la FNE, quien habría concluido que éstas no vulneraban el D.L. N° 211. Señala que, a este respecto, debe tenerse presente lo fallado por este Tribunal (Sentencia N°138/2014) y la Excm. Corte Suprema (sentencias rol N° 13972-13 de 6 de agosto de 2015 y rol N° 72-05 de 28 de marzo de 2006) en el sentido que “una vez aprobadas las Bases de Licitación el órgano público se encuentra obligado a respetar su contenido”. De hecho, indica que Delfos no cuestionaría las Bases de la Vía Controlada ni el proceso de adjudicación que concluyó en favor de Maxximiza, por lo que no cabría discutir las condiciones de operación de la Vía Controlada, su modelo de licitación ni las condiciones dispuestas para su adjudicación.

4.10. Por otra parte, señala que ninguno de los hechos que Delfos le ha atribuido habrían acontecido ni habrían generado efectos contra la libre competencia. En este sentido, no se configurarían los elementos constitutivos de un proceso pues no se verificaría una contienda jurídica actual ni tampoco una de libre competencia. Así, del artículo 3° del D.L. N° 211 se desprende que, si bien el efecto contra la libre competencia puede ser potencial, en ningún caso puede sancionarse un acto en potencia ya que se exige que se ejecute o celebre un hecho, acto o convención.

4.11. En efecto, expone que, a la fecha de la presentación de la demanda y su ampliación, la Vía Controlada estaba en construcción y no había entrado aún en operación. Esto significaría que (i) la Vía Controlada no habría estado operando con facilitadores y que los conductores de taxis con reserva podían esperar a los pasajeros en el sector público del Aeropuerto, en una zona especialmente destinada para ellos; (ii) no sería efectivo que Maxximiza haya eliminado los estacionamientos para minibuses, prueba de ello es que Delfos haya alegado que quedó más alejada de la salida de pasajeros; y, (iii) Maxximiza no habría creado ni tendría en sus planes crear una central de reserva.

4.12. Así, todos los hechos imputados por Delfos no habrían ocurrido a la fecha de la demanda pues se referirían a meras especulaciones sobre conductas que Maxximiza podría cometer en el futuro.

4.13. Como consecuencia de lo anterior, Maxximiza opone (i) una falta de legitimación activa de Delfos ya que, como ningún hecho habría ocurrido al tiempo de la demanda, sería claro que la demandante carece de ésta calidad (la demandante habría señalado que vio afectada sus ventas desde el 8 de septiembre de 2014, mientras que la demanda se presentó con fecha 17 de julio de 2014 y su ampliación fue el 19 de agosto del mismo año); y, (ii) una falta de legitimación pasiva debido a que los hechos imputados no le son atribuibles, pues corresponderían a una mera especulación.

4.14. Maxximiza agrega que, de ocurrir los hechos que le imputa la demandante, éstos tampoco serían contrarios a la libre competencia, según se indica a continuación.

4.15. Expone que la Vía Controlada no contemplaría voceadores, toda vez que el artículo 28 del Decreto N° 212 y el artículo 26 del Decreto N° 80 prohíben expresamente el empleo de voceadores y agentes encargados de atraer pasajeros para los vehículos que efectúen servicios de locomoción colectiva y de taxis. El proyecto sí tiene considerado la inclusión de facilitadores para una etapa posterior. Ellos serían funcionarios de Maxximiza encargados de informar a los pasajeros con reservas previas de taxis la patente, el nombre del taxista y su ubicación, evitando con ello la aglomeración de los taxistas, captadores informales o piratas. Tratándose de taxis sin reserva previa, los facilitadores no tendrían intervención ni manejarían la oferta de taxis disponibles. Si un pasajero se acercase a un facilitador, éste debería derivarlo a los mostradores de servicios.

4.16. En cuanto a los estacionamientos, Maxximiza indica que las Bases de la Vía Controlada establecen que los minibuses tienen libre acceso a la Vía Controlada y a los estacionamientos, de los cuales 10 corresponden a minibuses. Respecto de la ubicación de los estacionamientos de minibuses, indica que éstos se encontrarían entre las puertas N° 3 y N° 4 de la salida del terminal de pasajeros y que no es efectivo que su ubicación dependa de una decisión de Maxximiza, ya que para ello requeriría de una autorización escrita previa de SCL siempre y cuando se cumpla con el servicio comprometido.

4.17. Respecto de las tarifas, esta demandada señala que sólo informaría las tarifas meramente referenciales de los taxis y no las fijaría ni incidiría en ellas, pues éstas son establecidas por el taxímetro, en el caso de taxis básicos, o por los mismos taxistas, en el caso de los taxis de turismo.

4.18. Además, Maxximiza carecería de las potestades para prohibir el ingreso de taxis, así como tampoco podría firmar contratos de exclusividad con alguna empresa de taxis ni celebrar acuerdos discriminatorios, según sus propias bases.

4.19. Para concluir, señala que la multa y las medidas solicitadas por Delfos son injustificadas y desproporcionadas. Respecto de la multa, indica que no habría infracción, beneficio ni gravedad pues ninguna conducta ha sido cometida y solicita considerar su irreprochable conducta anterior. Respecto de las medidas expresa que (i) la presencia de los facilitadores es clave para

la correcta gestión y administración de la Vía Controlada, sin perjuicio de que no se encuentran en ningún apartado del contrato de subconcesión; (ii) disponer de un sistema de señalización e información respecto de cada una de las empresas de transporte sería inoficioso, por cuanto los minibuses ya contarían con dicha señalización e información en sus mismos mostradores de atención al público; (iii) facilitar estacionamientos para Delfos próximos a la puerta N° 3 también sería inoficioso porque Delfos ya cuenta con la ubicación deseada. Hace presente que la asignación de espacios debería responder a las necesidades de los pasajeros y no a una simple solicitud de uno de los competidores del servicio de transporte; y, (iv) prohibir a Maxximiza la administración del transporte terrestre de pasajeros en el Aeropuerto conllevaría el mismo efecto que solicitar que le sea arrebatada la subconcesión que legítimamente se adjudicó o impedirle cumplir su contrato. Ello importaría una vulneración al principio de confianza legítima de los actos administrativos, puesto que el proceso de gestación del contrato de subconcesión fue objeto de varias revisiones por parte de la autoridad.

4.20. En mérito de lo descrito, Maxximiza solicita a este Tribunal declarar que se rechace la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

5. A fojas 425, el 24 de noviembre 2014, Agunsa contestó la demanda y su ampliación, señalando que el consorcio formado por las sociedades Agencias Universales S.A.; YVR Airport Service Ltd.; Dragados y Construcciones S.A.; ABCO Administradora de Fondos de Inversión S.A. por cuenta de Fondo de Inversión de Desarrollo de Empresas SABCO; Fomento de Construcciones y Contratas S.A. y Dragados FCC Internacional de Construcción S.A. se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del Aeropuerto y que constituyeron la empresa SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A., de modo que Agunsa es uno de los accionistas de SCL.

5.1. Indica que es una sociedad anónima abierta distinta de SCL, lo que ha sido reconocido por la misma demandante en su demanda cuando señala la "relación de propiedad y control entre Agunsa y SCL". De este modo, sostiene que no habría ninguna extensión de responsabilidad por el principio de separación de personalidades y de patrimonios, según lo consagrado en los artículos 545 y 2053 del Código Civil, artículos 19 y 133 inciso segundo de la Ley N° 18.046 y el artículo 26 letra c) del D.L. N° 211. De ello derivarían dos consecuencias importantes: (i) la persona jurídica es responsable por sí misma de sus obligaciones; y, (ii) los derechos y obligaciones de la persona jurídica se radican en su patrimonio, sin comprometer los patrimonios de sus asociados.

5.2. Atendido lo anterior, señala que carece de cualquier antecedente fáctico que pueda aportar a esta causa y opone la excepción de legitimación pasiva. Así, indica que no habría tenido participación alguna en la celebración de contratos o la ejecución de hechos que vulnerarían la libre competencia; y, si así fuere, éstos habrían sido celebrados por terceros distintos de ella.

5.3. Agunsa añade que los hechos descritos por la demandante tampoco

habrían sido ejecutados por ella ni por sus órganos de administración, pues jamás ha participado de la explotación como concesionario ni como subconcesionario ni en calidad alguna de la obra pública fiscal otorgada a SCL. Señala que correspondería a la demandante acreditar la existencia del actuar que imputa a Agunsa.

6. A fojas 463, mediante resolución de 11 de marzo de 2015, se recibió la causa a prueba, fijando como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: "1) Características y participantes del o los mercados de transporte público entre el aeropuerto de SCL y la ciudad de Santiago; 2) Rol de los funcionarios denominados "facilitadores" o "voceadores" en la gestión del proyecto "Vía Controlada". Efectos en la competencia; 3) Efectividad que Maxximiza distribuye los estacionamientos a quienes ofrecen servicios de transporte público entre el aeropuerto de SCL y la ciudad de Santiago. En la afirmativa, criterios utilizados para dicha distribución, y efectos en la competencia; 4) Conformación societaria de SCL y efectividad que sus actos respondan a políticas preparadas, programadas y ejecutadas por Agencias Universales S.A.; y, 5) Efectividad que SCL o Agencias Universales S.A., ya sea mediante la suscripción del contrato de subconcesión con Transvip o en razón de la aplicación práctica de dicho contrato, haya permitido que esta última empresa cuente con más mostradores o counters que Transportes Delfos. Efectos en la competencia".

7. Prueba documental:

7.1. Por parte de Delfos: a fojas 29: (i) contrato de subconcesión entre SCL y Delfos para la prestación de servicios a terceros de transporte de pasajeros en minibuses, de 29 de diciembre de 2011; y (ii) copia del Dictamen de la H. Comisión Preventiva Central N° 958/672, de 13 de diciembre de 1995. A fojas 88: (i) Bases de la Vía Controlada; (ii) página web de Maxximiza; y (iii) artículo de prensa titulado "En septiembre parte vía controlada de taxis en el Aeropuerto de Santiago". A fojas 656: (i) cinco actas inspectivas oculares practicadas por la Notario Público señora María Gloria Acharán Toledo, de 11 y 17 de junio de 2015; (ii) Ordinario N° 2441 del MOP dirigido al gerente general de Delfos, de 22 de septiembre de 2014; (iii) correo electrónico emitido por el señor Rodrigo Aguilera de Delfos al señor Mario Maechtig de SCL y su respuesta; y (iv) publicación en La Tercera, de 14 de junio de 2015.

7.2. Por parte de SCL: a fojas 305: (i) Carta CGG 116.2010 enviada por SCL a la FNE, de 4 de mayo de 2010; (ii) Ordinario de FNE N° 980 enviado por la FNE a SCL, de 4 de junio de 2010; (iii) Carta CGG 230.2010 enviada por SCL a la FNE, de 20 de julio de 2010; (iv) Carta CGG 237.2010 enviada por SCL a la FNE, de 25 de julio de 2010; (v) Ordinario FNE N° 1557 enviado por la FNE a SCL, de 11 de noviembre de 2011; (vi) Ordinario FNE N° 1432 enviado por la FNE a SCL, de 16 de octubre de 2012; (vii) Carta CGG 188.2011 enviada por SCL a la IF, de fecha 10 de junio de 2011; (viii) Carta CGG 183.2011 enviada por SCL a la FNE, de 10 de junio de 2011; (ix) Ord. FNE N° 1039 enviado por la FNE a SCL, de 28 de julio de 2011; (x) Carta CGG 332.2011 enviada por SCL a la FNE, de 3 de noviembre de 2011; (xi) Ordinario FNE N° 1702 enviado por la FNE a SCL, de 7 de diciembre de 2011; (xii) Carta SCL CGG 370.2011 enviada por SCL al MOP, de 13 de diciembre de 2011; (xiii) Carta SCL CGG 097.2012 enviada por SCL a la Dirección General de Obras

Públicas (en adelante, indistintamente, "DGOP"), de 14 de marzo de 2012; (xiv) Ordinario N° 828 de la DGOP, de 13 de julio de 2012; (xv) Ordinario FNE N° 1432, de 16 de octubre de 2012; y (xvi) Ordinario FNE N° 1289, de 27 de agosto de 2014. A fojas 400: (i) declaración jurada del señor Iván López Fernández; (ii) declaración jurada del señor Flavio López Fernández; y (iii) disco compacto con un video. A fojas 2153: (i) carta enviada por el gerente general de Delfos al gerente general de SCL, de 20 de enero de 2014; (ii) carta enviada por el gerente general de SCL al gerente general de Delfos, en respuesta a la carta previamente individualizada, de 30 de enero de 2014; (iii) carta enviada por el gerente general de Delfos al coordinador de concesiones, de fecha 30 de mayo de 2014; (iv) Memorándum N° 98-2 enviado por el jefe de la unidad de edificación pública división de explotación CCOP al Inspector Fiscal; (v) oficio ordinario IF N° 499/2014 enviado por el Inspector Fiscal al gerente general de SCL, de 6 de junio de 2014; (vi) carta CGC 353.2014 enviada por el gerente general de SCL al Inspector Fiscal, de 16 de junio de 2014; (vii) carta CGC 366.2012 enviada por el gerente comercial de SCL al señor Felipe Elgueta Caroca de Maxximiza, de 17 de octubre de 2012; (viii) carta CGC 367.2012 enviada por el gerente comercial de SCL al señor Jaime Cifuentes de SICE Agencia Chile S.A., de 17 de octubre de 2012; (ix) carta CGG 381.2012 enviada por el gerente general de SCL a FNE de 29 de octubre de 2012; (x) carta CGG 374.2012, enviada por el gerente general de SCL a Maxximiza, de 24 de octubre de 2012; (xi) carta CGG 375 enviada por el gerente general de SCL a SICE Agencias Chile S.A., de 24 de octubre de 2012; (xii) dos comprobantes de recepción de ofertas de tarifa transportistas para licitación, construcción, administración y operación de la Vía Controlada, ambos de 19 de octubre de 2012, correspondientes a Maxximiza y SICE; (xiii) acta de apertura pública de oferta económica, de 22 de octubre de 2012; (xiv) carta enviada por el gerente general de Maxximiza al comité para la construcción administración y operación de la Vía Controlada en el Aeropuerto, de 19 de octubre de 2012; (xv) carta enviada por el gerente general de SICE al comité para la construcción administración y operación de la Vía Controlada en el Aeropuerto, de 19 de octubre de 2012; (xvi) carta D.P. N° 04/A/2/1214/4231 enviada por el director general de aeronáutica civil al DGOP, de 20 de junio de 2012; (xvii) carta CGC 370.2011 enviada por el gerente general de SCL al Inspector Fiscal, de 13 de diciembre de 2011; (xviii) carta CGG 097.2012 enviada por el gerente general de SCL al DGOP, de 14 de marzo de 2012; (xix) dictamen N° 40190 de la Contraloría General de la República, de 6 de julio de 2012; (xx) carta ordinario IF 166/2012 enviada por el IF al gerente general de SCL, de 13 de marzo de 2012; (xxi) carta ordinario IF N° 300/2012 enviada por el IF al jefe de unidad de edificación pública CCOP, de 4 de mayo de 2012; (xxii) solicitud de propuesta para la prestación del servicio de transporte en minibuses en el Aeropuerto, de 14 de noviembre de 2011; (xxiii) Bases AMB de junio de 1997; (xxiv) cuatro convenios complementarios (números 1 al 4) del Aeropuerto; y (xxv) Bases de la Vía Controlada, de agosto de 2012.

7.3. Por parte de Maxximiza: a fojas 83: (i) portada del cuerpo C de El Mercurio de 1 de agosto de 2014; (ii) copia de ordinario N° 1702 enviado por el Subfiscal Nacional Económico al gerente general de SCL, de 7 de diciembre de 2011; (iii) copia del informe de archivo de la División de Investigaciones de la FNE, de 3 de septiembre de 2012, en el marco de la

investigación Rol N° 1690-10 FNE; y (iv) copia de la resolución de archivo de la FNE, de 10 de octubre de 2012, en el marco de la investigación precedentemente indicada. A fojas 366: acta notarial de notario suplente de la primera notaría de Pudahuel de 27 de agosto de 2014. A fojas 1125: (i) acta notarial de fecha 30 de junio de 2015; y (ii) protocolización de boletos, pasajes y comprobante de venta tarjeta débito. A fojas 1578 imagen satelital del área de estacionamientos del Aeropuerto. A fojas 1618: (i) copia de carta dirigida al señor Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Omar Antonio Astudillo Contreras, de 4 de septiembre de 2015; (ii) copia del informe evacuado por la Notario Público señora María Gloria Acharán Toledo; (iii) carta CGG.207.2015 enviada por SCL al IF, de 6 de mayo de 2015; (iv) oficio ordinario ID. N° 463/2015 enviada por el IF al Intendente de la Región Metropolitana, de 12 de mayo de 2015; (v) oficio N° 2410 del Intendente de la Región Metropolitana al IF, de 29 de mayo de 2015; (vi) ordinario N° 2478 del Intendente de la Región Metropolitana al general Inspector de Carabineros jefe de la Región Metropolitana, de 3 de junio de 2015,; y (vii) presentación "Plan de Acción Conjunto Transporte Público de Aeropuerto de Santiago". A fojas 2276: (i) ocho copias de noticias de prensa entre el 16 de octubre de 2014 y 14 de octubre de 2015; (ii) Sentencias de la Excm. Corte Suprema roles N° 3506-2007 de 25 de septiembre de 2007y N° 97/2009 de 8 de abril de 2009; (iii) acta notarial levantada por el Notario Suplente de la Primera Notaría de Pudahuel en el Aeropuerto, de 15 de enero de 2015; (iv) copia de ordinario N° 629 de 21 de junio de 2011 firmado por el DGOP al Contralor General de la República; (v) copia de minuta N° 2 denominada "Proyecto Vía Segregada Aeropuerto Arturo Merino Benítez" Inspección Fiscal de explotación de la Concesión del Aeropuerto del MOP, de mayo de 2012; (vi) consulta de Delfos que dio origen al procedimiento no contencioso Rol NC 428-14 de este Tribunal; (vii) folleto titulado "El MOP y el concesionario SCL están matando la libre competencia"; (viii) volante informativo repartido en campaña de promoción de transporte autorizado de pasajeros del Aeropuerto, elaborado por Maxximiza en conjunto con el MOP, el Ministerio de Transportes y la Intendencia de la Región Metropolitana; (ix) tarifas de servicios de taxi de Taxi Oficial informadas en los sistemas de la Vía Controlada de marzo de 2015; (x) tarifas de servicios de taxi de Transvip informadas en los sistemas de la Vía Controlada de enero de 2015; (xi) tarifas de servicios de taxis básicos informadas en los sistemas de la Vía Controlada de abril de 2015; (xii) tres correos electrónicos en que se informa a Maxximiza sobre las tarifas de servicios de taxis; (xiii) mapa de "Plan Maestro 2030" del Aeropuerto; (xiv) plano de ubicación de los servicios de transporte en el viaducto de la Vía Controlada; (xv) set de 13 fotografías de la zona de maletas, zona achurada y taxistas en la fía controlada; (xvi) presentación denominada "Modelo Operativo Vía Controlada"; (xvii) presentación denominada "Modelo Operativo Vía Controlada Pasajero"; (xviii) presentación denominada "Fotografías Instalaciones Vía Controlada"; (xix) presentación denominada "Señalética Vía Controlada"; (xx) correos electrónicos enviados por Delfos, de 27 de octubre y 2 de noviembre de 2015; (xxi) carta CGG 546.2014 enviada por el gerente general de SCL al gerente general de Maxximiza, de fecha 20 de octubre de 2014; (xxii) Contrato de Administración y Operación de la Vía Controlada de transporte Público de 2 de julio de 2013 entre SCL y Maxximiza; (xxiii) listado de taxistas y empresas de transporte enrolados en

la Vía Controlada hasta septiembre de 2015; y (xxiv) planilla que contiene un listado del personal de la Vía Controlada.

8. Por parte de Agunsa: a fojas 1829: (i) Bases AMB 2015-2035 (Texto Refundido); (ii) copia simple de escritura pública que contiene el pacto de accionistas de SCL, de 13 de noviembre de 1998; y (iii) copia simple de escritura pública que contiene la modificación del pacto de accionistas de SCL, de 16 de noviembre de 2004.

9. Exhibiciones de documentos a fojas 718 SCL exhibió: (i) libro V de actas de sesiones de directorio de SCL, desde la número 136 con fecha 22 de junio de 2009 hasta la 194 de 22 de abril de 2014; (ii) libro VI de actas de sesiones de directorio de SCL, desde la número 195 con fecha 27 de mayo de 2014 hasta la 216 de 21 de abril de 2015; y (iii) siete contratos con prestadores de servicios de transporte terrestre desde y hacia el Aeropuerto. A fojas 721 Maxximiza exhibió: (i) libro de actas de Maxximiza; (ii) contrato de enrolamiento y uso de estacionamiento de Vía Controlada; y (iii) base de datos con los taxis enrolados hasta marzo de 2015. A fojas 723 Agunsa exhibió: (i) dos libros de actas de sesiones de directorio de Agunsa, desde la número 266 a la número 341; y (ii) cuatro contratos de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A.

10. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

10.1. Por parte de Delfos, a fojas 1559 informe económico “El Transporte Terrestre de Pasajeros desde el Aeropuerto Internacional de Santiago Comodoro Arturo Merino Benítez”, elaborado por el señor Gonzalo Escobar Elexpuru.

10.2. Percepción documental de evidencia electrónica: a fojas 2352 se efectuaron las audiencias de percepción documental solicitadas por Maxximiza, en relación con los documentos electrónicos contenidos en el disco compacto rotulado Noticias que contiene tres videos; y, con el disco compacto rotulado Videos aeropuerto que contiene cinco videos acompañados a fojas 2276.

11. Prueba testimonial rendida por las partes:

12. Por parte de Delfos: (i) a fojas 977, la declaración testimonial del señor José Manuel Urenda Salamanca; (ii) a fojas 980, la declaración testimonial del señor Rodrigo Aguilera Tarrés; (iii) a fojas 982, la declaración testimonial del señor Luis Miranda Cordero; (iv) a fojas 985, la declaración testimonial del señor Antonio Campos Layana; (v) a fojas 987, la declaración testimonial del señor Manuel Álvarez Folle; (vi) a fojas 1233, la declaración testimonial del señor Eugenio Tagle Varas; (vii) a fojas 1235, la declaración testimonial del señor Carlos Castro Saavedra; (viii) a fojas 1238, la declaración testimonial del señor Patricio Vildósola Barahona; (ix) a fojas 1240, la declaración testimonial del señor Gonzalo Escobar Elexpuru.

13. Por parte de Maxximiza: (i) a fojas 565, la declaración testimonial de la señora Massiel Avedaño Rojas; (ii) a fojas 567, la declaración testimonial del señor Richard Tapia Salazar; (iii) a fojas 664, la declaración testimonial del señor Felipe Elgueta Caroca; (iv) a fojas 996, la declaración testimonial del señor José Torres Saldivia.

14. Por parte de SCL: (i) a fojas 569, la declaración testimonial del señor Ángel Tuset Jorrat; (ii) a fojas 574, la declaración testimonial del señor Ricardo Moisés Yudi-levich; (iii) a fojas 667, la declaración testimonial del señor José Tramon Cárdenas; (iv) a fojas 898, la declaración testimonial del señor Jacqueline Plass Wähling; (v) a fojas 901, la declaración testimonial del señor Franco Montalbetti Moltedo.

15. Por parte de Agunsa: (i) a fojas 571, la declaración testimonial del señor Waldo Antonio Ramos Fuentes; (ii) a fojas 661, el señor Sergio Smith de Aguirre; (iii) a fojas 664, el señor Felipe Elgueta Caroca.

16. Observaciones a la prueba: (i) a fojas 2285, Maxximiza observó la prueba rendida en autos; (ii) a fojas 2406, SCL observó la prueba rendida en autos; y (iii) a fojas 2433, Agunsa observó la prueba rendida en autos.

17. A fojas 1570, el 16 de septiembre de 2015, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 26 de noviembre de 2015, según consta en el certificado que rola a fojas 2534.

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que, como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, Delfos demandó a Maxximiza, SCL y Agunsa porque éstas habrían infringido el artículo 3° del D.L. N° 211 al ejecutar prácticas abusivas en contra de la demandante, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado del transporte terrestre de pasajeros desde el Aeropuerto hacia la ciudad de Santiago;

Segundo:

Que, en su demanda de fojas 29, Delfos señala que dichas prácticas abusivas serían las siguientes: (i) una coordinación entre SCL y Maxximiza producida porque el contrato de subconcesión de esta última le concedería la facultad de disponer de los denominados facilitadores, los que operarían dentro de la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto. Ello permitiría desviar la demanda del transporte terrestre hacia los taxis, en desmedro de los minibuses, y favorecer a SCL y Maxximiza por los mayores ingresos que le reportarían utilizar la Vía que Maxximiza administra; y (ii) una discriminación anticompetitiva en la asignación de los estacionamientos concesionados en la calle que enfrenta el edificio del Aeropuerto, pues, de acuerdo con las Bases de la Vía Controlada, se habrían eliminado todos los estacionamientos de minibuses, dejando sólo estacionamientos para taxis. Con ello quedaría en manos del subconcesionario de la Vía Controlada la decisión de la ubicación de los estacionamientos de los minibuses;

Tercero:

Que, posteriormente, al ampliar su demanda, Delfos (i) incluyó como demandada a Agunsa, empresa controladora de SCL, pues ella sería la causante de la constante y pertinaz conducta violatoria de ésta última, al responder los actos de SCL a las políticas preparadas, programadas y ejecutadas por la primera; y (ii) imputó a SCL el haber adjudicado un mostrador adicional a Transvip en el Aeropuerto de manera directa, discriminatoria, clandestina y oculta, lo que a su juicio infringiría las Bases AMB, dictámenes de la H. Comisiones Antimonopolio y sentencias de este Tribunal;

Cuarto:

Que, a fojas 305, SCL solicitó que se rechace la demanda de Delfos, con costas, porque habría cumplido estrictamente la Ley y el Reglamento de Concesiones, las Bases AMB, su respectivo contrato de concesión y la Sentencia N° 61/2007 de este Tribunal. Señala que Delfos habría deducido esta demanda porque no habría logrado extender el plazo de su subconcesión ni que se mejoraran las instalaciones en el Aeropuerto ni que se dispusieran de medidas de mitigación por la implementación de la Vía Controlada. En relación con la supuesta coordinación con Maxximiza para instaurar los facilitadores -con ocasión del proyecto Vía Controlada- explica que este proyecto tendría por propósito ordenar el transporte público de taxis, abriendo la competencia. Indica que en ningún caso el proyecto o la adjudicataria manejaría o controlaría empresa alguna de transporte público o privado. Respecto del proceso de licitación, expone que se sujetaron al ordenamiento vigente y que las bases -que serían racionales y objetivas- fueron aprobadas por las autoridades competentes, por lo que gozarían de presunción de legalidad. Agrega que la Vía Controlada se encontraba en marcha blanca a la época de la interposición de la demanda. Finalmente, SCL expresa que no habría abuso de posición dominante porque no habría hecho un mal uso de dicha posición ni tampoco se habría coludido o coordinado con Maxximiza, pues no serían competidoras, lo que se demuestra en que habría mantenido los contratos vigentes con las subconcesionarias. En cuanto al supuesto trato discriminatorio en favor de Transvip, señala que no es efectivo que haya favorecido a dicha empresa por sobre Delfos dado que ambas tendrían cinco mostradores, esto es, un mostrador adicional al que por contrato les corresponde;

Quinto:

Que, a fojas 407, Maxximiza contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas. Indica que no es una empresa de transporte ni compite con ellas y explica que la Vía Controlada es un conjunto de bienes y un sistema de gestión para facilitar el adecuado flujo de pasajeros a distintos medios de locomoción, cuya principal característica es que permite aumentar la competencia en el transporte de pasajeros porque cualquier taxi autorizado por el MTT puede ingresar. Hace presente que no tiene injerencia en la gestión de minibuses; que a la fecha de la interposición de la demanda, los espacios y la prerrogativas de los minibuses no habían sido alterados; y que sólo participó en el llamado a licitación de SCL, no siendo responsable del diseño de las bases ni de su adjudicación, sin perjuicio de que éstas habían sido aprobadas por varias autoridades. En cuanto a las acusaciones de la demandante, expone que los hechos imputados por Delfos no han podido ocurrir porque el proyecto de la Vía Controlada, a la fecha de la demanda, se encontraba en marcha blanca. De lo anterior, concluye que no se puede configurar ni una contienda jurídica ni una contienda de libre competencia, oponiendo al efecto una excepción de falta de legitimación activa y pasiva. A mayor abundamiento, agrega que, de haber ocurrido los hechos que se le imputan, éstos tampoco podrían ser contrarios a la libre competencia por las siguientes razones: (i) el proyecto no contemplaría voceadores, sino facilitadores que auxiliarían a los pasajeros de taxis con reserva; (ii) las Bases de la Vía Controlada indicarían que los minibuses tienen 10 estacionamientos y que su ubicación sólo es posible de modificar previa autorización de SCL; y (iii) las tarifas que informaría Maxximiza serían referenciales tratándose de taxis básicos o fijadas por los taxistas tratándose de taxis de turismo o ejecutivos. Hace presente que no tiene potestades para prohibir el ingreso de taxis. Por último, expresa que la multa y las medidas solicitadas por Delfos son injustificadas, desproporcionadas e inoficiosas;

Sexto:

Que, a fojas 425, Agunsa contestó la demanda solicitando también su rechazo, con costas, porque no habría ninguna extensión de responsabilidad por el principio de separación de personalidades y de patrimonios, según lo establecido en los artículos 545 y 2053 del Código Civil, 19 y 133 inciso segundo de la Ley N° 18.046 y 26 letra c) del D.L. N° 211. A mayor abundamiento, señala que no ha celebrado contratos o ejecutado hechos que vulneren la libre competencia, pues jamás ha participado de la explotación de la obra pública fiscal otorgada a SCL como concesionario, subconcesionario o en calidad alguna, oponiendo por ello la excepción de falta de legitimación pasiva;

Séptimo:

Que, atendido que las conductas imputadas se habrían ejecutado en el Aeropuerto, este Tribunal se referirá a las características principales de las subconcesiones en el aeropuerto y de su regulación, en forma previa a analizar el mercado relevante;

Octavo:

Que, de acuerdo con las Bases AMB acompañadas por SCL a fojas 2153 (rolantes a fojas 1907 y siguientes), el AMB es una Concesión de Obra Pública para la prestación y explotación de diversos servicios aeronáuticos y no aeronáuticos (comerciales y no comerciales) que se señalan en el artículo 1.10.2 de dichas Bases. Al respecto, este Tribunal ya determinó en su Sentencia N° 61/2007 que la concesionaria del Aeropuerto (SCL) "tiene una posición monopólica respecto de los servicios subconcesionados" por lo que "la negociación directa no asegura tarifas a público competitivas" (consideración vigésimo octava). Por esta razón, en tal sentencia el Tribunal ordenó a SCL "asignar estas subconcesiones mediante una licitación pública abierta" con la finalidad de reemplazar la competencia expost por una competencia exante o en la licitación;

Noveno:

Que, a la fecha de los hechos imputados, el Aeropuerto era administrado por SCL, sociedad anónima cuyo objeto exclusivo fue la explotación de la concesión de esta obra pública fiscal hasta septiembre de 2015. La explotación de esta concesión se encuentra regulada en la Ley de Concesiones (Decreto N° 900 de 1996), en el Reglamento de la Ley de Concesiones (Decreto N° 956 de 1997), en las Bases AMB, en el Decreto Supremo N° 1168 de 1997 y en su respectivo contrato, así como en diversos fallos de los organismos de defensa de la libre competencia (Dictámenes N° 958/672 de 1995 y N° 684 de 2003, de la H. Comisión Preventiva; Sentencias N° 61/2007 y N° 75/2008 de este Tribunal);

Décimo:

Que, de acuerdo con dichas regulaciones, el concesionario de esta obra pública fiscal debe prestar diversos servicios aeronáuticos (como el sistema de embarque y desembarque, asistencia a pasajeros y al equipaje, entre otros) y servicios no aeronáuticos. Entre estos últimos, las Bases AMB distinguen entre los servicios no aeronáuticos no comerciales (como los servicios de aseo y mantención de áreas públicas y los servicios de información al público) y los servicios no aeronáuticos comerciales, los que pueden ser obligatorios o facultativos. Los servicios de transporte público son clasificados como servicios no aeronáuticos comerciales obligatorios y pueden ser prestados por la concesionaria de manera directa o mediante subconcesiones con terceros (sección 1.10.2 de las Bases AMB a fojas 1936 vuelta y siguientes);

Undécimo:

Que, en relación con el mercado relevante en el que se habrían ejecutado las conductas acusadas, no existe controversia en autos en cuanto a que éste se relaciona con los servicios de transporte de pasajeros entre el Aeropuerto y la ciudad de Santiago, según consta en la demanda de fojas 29 y contestaciones de fojas 305 y 407. En la actualidad ofrecen dicho servicio los buses, minibuses y taxis, los que presentan características particulares que los diferencian entre sí. Los buses son un medio de transporte compartido, con un horario, recorrido y detenciones determinadas; los minibuses son un medio de transporte compartido o exclusivo, según el número de pasajeros y su demanda, permitiendo el transporte desde el Aeropuerto a uno o más destinos especificados por los pasajeros. Su horario de salida depende de un mínimo de pasajeros o bien de determinados minutos aproximados de espera desde que compra el pasaje el primer pasajero. Por último, los taxis son exclusivos desde el aeropuerto hasta el destino determinado por su contratante, sin horario establecido;

Duodécimo:

Que SCL otorga la prestación de los servicios de transporte terrestre desde el Aeropuerto mediante subconcesiones con terceros, las que incluyen los servicios de buses (Centropuerto y Tur Bus), minibuses (Delfos y Transvip) y, a la fecha de la demanda, taxis (Transvip y Taxi Oficial A. G.). De este modo, cuando un pasajero arriba al Aeropuerto tiene, en principio, la opción de tomar cualquiera de estos medios de transporte hacia Santiago;

Decimotercero:

Que corresponde determinar, entonces, si cada uno de los servicios mencionados pertenecen al mismo mercado relevante. En la Sentencia N° 61/2007 este Tribunal consideró que “las distintas tarifas cobradas por los buses, minibuses y taxis responden en parte a diferencias en los costos de proveer los distintos servicios, como a diferencias en la valoración que realiza el demandante atendidos los tiempos de traslado, comodidad y cobertura del servicio. Desde el punto de vista del consumidor, en términos generales estos servicios serían sustitutos, en cierto grado, para satisfacer la necesidad de transporte desde el Aeropuerto”, y que “cada servicio disciplina los precios efectivos de los otros, reduciendo la posibilidad de ejercicio abusivo de poder de mercado”;

Decimocuarto:

Que Delfos señaló en su demanda que “el [servicio] colectivo en bus no compite con el [servicio] colectivo en minibús” y que “los servicios exclusivos los pueden prestar los taxis y los minibuses”. Por su parte, Maxximiza indicó en su contestación que “taxis y minibuses prestan servicios esencialmente diferenciados” y que “taxis, minibuses y buses forman parte de mercados relevantes distintos, que atienden necesidades y servicios diferenciados, sin perjuicio de que taxis y minibuses podrían competir en el margen dependiendo de la necesidad específica de cada pasajero y su disposición a pagar”;

Decimoquinto:

Que, de lo expuesto precedentemente, es posible concluir, en primer término, que el grado de sustitución entre los buses, por una parte, y los taxis y minibuses, por otra, es menor que la que existiría entre los minibuses y los taxis, atendidas principalmente las tarifas cobradas por los buses (que son menores que las de minibu-

ses y taxis) y la posibilidad de designar destinos específicos (en el caso de taxis y minibuses), lo que no se observa en el caso de los buses, que tienen un recorrido determinado;

Decimosexto:

Que, en cuanto a la posibilidad que los minibuses presten servicios exclusivos, algunos testigos declararon que efectivamente este tipo de servicios son actualmente ofrecidos por dichas empresas. Así, por ejemplo, los testigos señores Sergio Smith y José Torres consideran que sí existe sustitución entre estos servicios, al declarar el primero que "se está compitiendo con el servicio de taxis a través de un servicio que no está autorizado [minibuses]" (fojas 765) y que "ese esquema de servicio [exclusivo de minibus] debiera estar limitado porque compite con el taxi" (fojas 773). El segundo, asimismo, declaró que los minibuses "[...] no tienen la capacidad de vender taxis, pero sí venden las van a precio de taxi" (fojas 1011);

Decimoséptimo:

Que, no obstante la existencia de estos servicios exclusivos ofrecidos por parte de las empresas de minibuses, algunos testigos señalaron que ello no estaría permitido por las regulaciones que rigen el transporte terrestre de pasajeros en el Aeropuerto. Así, el testigo señor Sergio Smith de Aguirre, gerente comercial de SCL, declaró que "lo que pasa es que las empresas de mini buses prestan servicios de mini bus [sic] exclusivos a tarifas de taxi y ofrecen el servicio de mini bus exclusivo, y eso es un servicio que en la licitación no vimos... no lo adjudicamos ni está autorizado por contrato" (fojas 765). En el mismo sentido José Guillermo Tramón Cárdenas, Inspector Fiscal del Aeropuerto, declaró que "distinto sería que el transfer transformara en taxi y tuviera un valor único, cosa que no está puesto en el contrato que tienen los transfers" (fojas 836 bis 8). Frente a la pregunta del abogado de Delfos sobre por qué sería una infracción que un pasajero contratara un transfer completo, el testigo contestó que el contrato entre SCL y los transfers tienen esa obligación, pero que no conoce si la normativa ampara que un privado pueda tomar un transfer de manera exclusiva (fojas 847);

Decimoctavo:

Que, sin embargo, ni los contratos de subconcesión de minibuses de Transvip y Delfos (rolantes a fojas 51 y 79 del Cuaderno de Documentos de SCL, respectivamente) ni las bases de licitación de estos servicios (rolantes a fojas 155 y 1890) establecen prohibición alguna para que se pueda contratar de manera exclusiva dicho servicio de transporte;

Decimonoveno:

Que, a mayor abundamiento, el testigo señor Felipe Elgueta respondió a la pregunta del Tribunal respecto de si los minibuses realizaban servicios exclusivos, señalando que "sí, efectivamente eso es sí" y que "ellos ofrecen minibuses como taxis, lo que naturalmente eh... no debiera ser" (fojas 794), aunque luego aclaró que "no conozco los contratos" de subconcesión de los minibuses (fojas 795). Del mismo modo, el señor Rodrigo Aguilera, jefe de operaciones de Delfos, declaró ante este Tribunal que "[t]axi no tengo para vender, lo que puedo vender es un servicio exclusivo si el cliente quiere pagar el valor de la van completa" (fojas 1275) y que "aproximadamente el 27% o 25% de nuestros transportes son transportes exclusivos" (fojas 1277);

Vigésimo:

Que de todo lo anterior se desprende que los minibuses también pueden prestar servicios exclusivos, sin que exista una prohibición contractual para hacerlo, lo que se verifica en los hechos, según las declaraciones testimoniales citadas en las consideraciones precedentes;

Vigésimo primero:

Que a continuación corresponde analizar el grado de sustitución que existe entre minibuses y taxis. Para estos efectos, la demandante acompañó un informe económico a fojas 1559, en el que si bien se concluye que “el mercado relevante corresponde al transporte de pasajeros desde el Aeropuerto a cualquier punto de Santiago, transporte realizado por medio de minibuses y taxis”, no existe un análisis previo de esa conclusión ni se cita evidencia empírica que la respalde;

Vigésimo segundo:

Que, además del informe económico citado en la consideración anterior, la demandante no acompañó otra evidencia que respalde las conclusiones de dicho informe. En esta materia, solo es posible citar la declaración del testigo señor Waldo Ramos, quien dio a entender que los servicios prestados por taxis y minibuses no serían sustitutos entre sí, al señalar que “tomar un minibus o transfer es más barato, pero corre el riesgo que se demore más, no es exclusivo. El taxi es exclusivo [...] y obviamente es más caro” (fojas 711);

Vigésimo tercero:

Que, de este modo, la prueba rendida en estos autos no permite a este Tribunal llegar a una conclusión definitiva sobre el grado de sustitución que existiría entre los taxis y los minibuses. Sin embargo, es posible colegir, desde la experiencia, que existen situaciones en las que un servicio puede disciplinar los precios, características o calidad de otros. Por ejemplo, el precio de un pasaje en minibus –que preste un servicio compartido– no puede ser superior al precio del mismo pasaje en taxi, pues de otro modo los pasajeros preferirán (*ceteris paribus*) este último servicio, por las ventajas de rapidez y exclusividad que presenta. En otras situaciones, el grado de sustitución entre los servicios de taxis y minibuses dependerá de múltiples factores que varían caso a caso, como los precios cobrados por cada uno, la disponibilidad de vehículos, el tiempo de espera, la posibilidad de utilizar los minibuses de manera exclusiva, el número de pasajeros pertenecientes al grupo de viaje, la cantidad de equipaje de los pasajeros y su disposición a pagar, entre otros;

Vigésimo cuarto:

Que a la fecha de la demanda, las siguientes empresas ofrecían los servicios de transporte terrestre desde el Aeropuerto: (i) Transvip y Delfos, que ofrecían los servicios de minibuses y contaban con estacionamientos, infraestructura y counters de atención al público; (ii) Transvip y Taxi Oficial, que ofrecían servicios de taxi y también contaban con estacionamientos, infraestructura y counters de atención al público; y (iii) Centropuerto y Turbus, que ofrecían servicios de buses y contaban con estacionamiento y escasa infraestructura. De la información pública acompañada en estos autos no es posible determinar las participaciones de estas empresas en cada uno de los servicios de transporte terrestre de pasajeros ofrecidos desde el Aeropuerto;

Vigésimo quinto:

Que, por último, de lo expuesto por las partes en esta causa es posible concluir que las demandadas no participan como oferentes en el mercado de transporte terrestre de pasajeros desde el Aeropuerto. SCL es quien subconcesiona los servicios de transporte, incluido el de minibuses, obteniendo una rentabilidad por tales subconcesiones. Maxximiza, por su parte, es el subconcesionario del proyecto de Vía Controlada, por la que deben pasar tanto los taxis como los minibuses;

Vigésimo sexto:

Que, habiéndose descrito las principales características del mercado de transporte terrestre de pasajeros desde el Aeropuerto, en lo que sigue se analizará si las conductas imputadas por la demandante a las demandadas impidieron, restringieron o entorpecieron la libre competencia en dicho mercado o tendieron a ello, tal cual lo exige el artículo 3° del D.L. N° 211;

Vigésimo séptimo:

Que, en primer término, es necesario tener presente que Delfos solicitó, en el petitorio de su demanda, condenar a los representantes legales o gerentes generales y a los directores de las demandadas que habrían participado en los hechos denunciados. Sin embargo, sólo demandó a las personas jurídicas SCL, Maxximiza y Agunsa, por lo que, incluso en el evento que se acreditasen los hechos imputados, no sería posible condenar a quienes no fueron efectivamente demandados;

Vigésimo octavo:

Que, enseguida, en forma previa al análisis de la prueba rendida en autos, se deben resolver las excepciones de falta de legitimación activa de Delfos para interponer la presente acción y de falta de legitimación pasiva de Maxximiza para ser demandada, ambas opuestas por esta última en su contestación. Maxximiza funda dichas excepciones en el carácter meramente conjetural y futuro que tendrían los hechos por los cuales se le demanda;

Vigésimo noveno:

Que la legitimidad activa es un elemento del derecho de la acción, "es la titularidad de la acción" (Romero, A., "La acción y la protección de los derechos", Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 87), para lo cual se debe contar con un interés legítimo (Sentencia N° 114/2011). Por otra parte, para que una parte esté legitimada pasivamente debe tratarse de una relación jurídica material en que la demandada haya participado efectiva y realmente (Sentencia N° 131/2013);

Trigésimo:

Que Delfos indica en su demanda que las conductas desplegadas por Maxximiza en coordinación con SCL no le permitirían competir, y que la decisión de Maxximiza de ubicar los estacionamientos de las empresas de minibuses, discriminaría a éstos en favor de los taxis, por lo que, a juicio de este Tribunal, Delfos sí tendría un interés legítimo para demandar;

Trigésimo primero:

Que, por otra parte, la demanda imputa a Maxximiza haber realizado ciertas conductas que atentarían contra la libre competencia derivadas de una supuesta relación jurídica material con la demandante, por lo que dicha demandada estaría legítima-

da pasivamente. A juicio de este Tribunal, el hecho que la demandada argumente que se trate de conjeturas y hechos futuros es una materia de fondo que debe ser objeto de prueba y no dice relación con la legitimación procesal de las partes;

Trigésimo segundo:

Que, por todo lo anterior, se rechazarán las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por Maxximiza;

Trigésimo tercero:

Que en cuanto a las conductas imputadas en la demanda, como se adelantó en la consideración primera, la demandante acusó a las demandadas de haber realizado prácticas abusivas que habrían impedido, restringido y entorpecido la libre competencia en el mercado relevante que ella misma define. Dentro de dichas prácticas, Delfos imputa una de ellas en términos ambiguos y con acusaciones contradictorias desde la perspectiva de la libre competencia, al señalar que se trataría de una conducta coordinada para aprovechar la posición dominante de una de las demandadas. En cualquier caso, a la demandante le correspondía acreditar que la o las demandadas tenían una posición de dominio en dicho mercado o, al menos, un poder de mercado sustancial a la fecha de los hechos; o que se coordinaron anticompetitivamente, según sea el caso. En el primer caso -de conducta abusiva- debía probar, entre otros factores, al menos las participaciones de mercado de cada uno de los actores y las condiciones de entrada a ese mercado. Junto con lo anterior, también debía aportar la evidencia necesaria sobre los efectos de dichas prácticas en la libre competencia e indicar si el bienestar de los consumidores se vio afectado o amenazado por esos hechos;

Trigésimo cuarto:

Que, sin embargo, la demandante no aportó ninguna prueba de las participaciones de mercado de las demandadas en el mercado relevante definido por ella, como tampoco respecto de las condiciones de entrada al mismo ni menos de los efectos -actuales o potenciales- en la libre competencia de cada conducta acusada. Mucho menos acreditó la supuesta coordinación entre Maxximiza y SCL. Sin perjuicio de lo anterior, atendido el hecho de que es público y notorio que el concesionario del Aeropuerto lo explota en forma exclusiva y que, a su vez, las subconcesiones que éste otorga pueden conferir derechos exclusivos a los subconcesionarios, se analizarán cada una de las conductas imputadas por la demandante, bajo el supuesto de una eventual actuación unilateral;

Trigésimo quinto:

Que, efectuadas las precisiones precedentes, se analizará la primera conducta imputada por la demandante. Tal como se señaló en la consideración Segunda, ésta consistiría en una suerte de coordinación entre SCL y Maxximiza para aprovechar la posición dominante de la primera en el mercado de transporte terrestre de pasajeros desde y hacia el Aeropuerto. Funda dicha acusación en que el contrato de subconcesión permitiría disponer de facilitadores -que no serían otra cosa que voceadores- que operarían dentro de la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto, donde no tendrían acceso los vendedores o promotores de Delfos. A juicio de la demandante, los facilitadores de Maxximiza desviarían la demanda del transporte terrestre hacia los taxis, en desmedro de los minibuses. Lo anterior debido a que SCL y Maxximiza se beneficiarían con mayores ingresos si se utiliza la Vía Controlada que esta última administra;

Trigésimo sexto:

Que SCL, por su parte, niega en su contestación la existencia de una alianza, coordinación o colusión con Maxximiza y explica que, con ocasión del proyecto Vía Controlada, se había decidido crear e incorporar a los facilitadores, como modalidad de operación, con el objeto de mejorar el servicio de transporte de pasajeros, pero que aún no se encontraba operativa en su fase comercial. Maxximiza, en el mismo sentido, señala que "[e]l Proyecto de la Vía Controlada sí tiene considerado la inclusión de 'facilitadores', aunque para una etapa posterior, toda vez que a la fecha de este escrito (y con mayor razón, a la fecha de la demanda), los 'facilitadores' aún no comienzan a operar en el Aeropuerto". Asimismo, indica que los facilitadores "serán funcionarios de Maxximiza encargados de brindar asistencia a los pasajeros con reservas previas de taxis". Por estas razones, ambas demandadas, junto con negar la coordinación y la explotación abusiva del concesionario y subconcesionario del Aeropuerto, señalan que esta acusación se basa en meras suposiciones y no en hechos que produzcan algún efecto en la libre competencia, ni siquiera un efecto potencial, tal como exige el tipo infraccional del artículo 3° del D.L. N° 211;

Trigésimo séptimo:

Que, como se puede apreciar, si bien SCL y Maxximiza no niegan la existencia del Proyecto Vía Controlada ni de la figura de los facilitadores, discrepan de la demandante en que estos funcionarios estuvieran trabajando en la fecha de interposición de la demanda de autos y de su ampliación, en la función que desempeñarían y en que existiera una suerte de coordinación entre ellas para aprovechar la posición dominante de SCL;

Trigésimo octavo:

Que para resolver esta primera acusación es conveniente aclarar que es un "facilitador" y si se diferenciaría de un "voceador";

Trigésimo noveno:

Que Delfos en su demanda señala que los facilitadores serían voceadores que capturan la mayor cantidad de pasajeros y los dirigen a los taxis. Al respecto, SCL señala que una vez que se implemente el sistema de Vía Controlada no se utilizarían voceadores, pues estarían estrictamente prohibidos. En cambio, sí se implementarían facilitadores que son distintos de los voceadores, por cuanto los primeros sólo dirigirán a aquellos pasajeros que cuenten con reserva previa de taxi, siendo libres los demás pasajeros de elegir el servicio que estimen de acuerdo a sus propios requerimientos. Por último, Maxximiza expone que la Vía Controlada no contemplaría voceadores, toda vez que el artículo 28 del Decreto N° 212 y el artículo 26 del Decreto N° 80 los prohibirían expresamente, al igual que cualquier agente encargado de atraer pasajeros para los vehículos que efectúen servicios de locomoción colectiva y de taxis. De acuerdo con esta demandada, los facilitadores estarían encargados de informar a los pasajeros con reservas previas de taxis la patente, el nombre del taxista y su ubicación, evitando con ello la aglomeración de los taxistas, captadores informales o piratas. Si un pasajero sin reserva previa se acercare a un facilitador, éste debería derivarlo a los mostradores de servicios;

Cuadragésimo:

Que, en relación con los voceadores, existen diversos testimonios en autos que los definen como captadores que ofrecen el servicio de transporte a viva voz. Así, la testigo señora Massiel Avedaño, declaró a fojas 583 que el voceador es quien está

afuera de las mamparas captando pasajeros y que “captador son los mismos taxistas que están ahí” (fojas 588). En igual sentido declararon el testigo señor Richard Tapia, quien indicó a fojas 681 que “ir a vocear [es] ir a captar pasajeros” y el testigo señor Sergio Smith, quien expuso a fojas 773 que el vocero es quien efectivamente está prestando un servicio de transporte y vocea sin tener que buscar a un pasajero en específico. Por último, el testigo Rodrigo Aguilera indicó que es “la persona que ofrece taxis, a viva voz” (fojas 1279);

Cuadragésimo primero:

Que estos captadores no estarían permitidos por la normativa vigente. Efectivamente, el artículo 28 del Decreto N° 212 y el artículo 26 del Decreto N° 80 prohíben la figura de los voceadores. Con anterioridad, el Dictamen N° 958/672 de la H. Comisión Preventiva Central recomendó poner término de inmediato al sistema de voceadores “por constituir un sistema de oferta al público que no cumple con su objetivo, al someter a los pasajeros a presiones indebidas. Se sugiere en este sentido, el diseño y puesta en marcha de un sistema de señalización e información, sencillo y claro respecto de servicios y tarifas”;

Cuadragésimo segundo:

Que, en cuanto a la figura de los facilitadores, algunos testigos los identificaron también como captadores, así, a fojas 1381, el testigo señor Carlos Orlando, indicó que los facilitadores “son captadores de la vía, que están en el Aeropuerto. Que no son solamente 1 y 2, son como 15 a 20 personas, que se estacionan con el auto, se bajan con un letreros [sic] y van a captar al pasajero, después de las 12 de la noche, tiene [sic] chipe libre se bajan todos los conductores de taxis más lo que están adentro a captar al pasajero”; y a fojas 1318 el testigo señor Luis Miranda declaró que los facilitadores “son unos tipos que están con una chaqueta verde, los colocan [sic] afuera de los vehículos y justo en la salida de ventas, o sea, de las salidas principales”;

Cuadragésimo tercero:

Que a fojas 1424 el testigo señor Eugenio Tagle, declaró que los facilitadores de la Vía Controlada usan chaqueta amarilla y que los oficiales, los piratas, Delfos y Transip también tienen facilitadores o captadores. El taxista señor Richard Tapia declaró que “usamos una chaqueta que nos diferencia [...] tuvimos que salir a buscar al pasajero nosotros [...] a la salida de las mamparas de la aduana” (fojas 675);

Cuadragésimo cuarto:

Que a fojas 1837 se encuentra la carta de la respuesta del gerente general de SCL al gerente general de Delfos, en la que señala que los facilitadores no serían captadores, sino que serán “facilitadores en el sentido de ubicar a los pasajeros que tienen reserva previamente contratada con un determinado transportista” (fojas 1839). En el mismo sentido, a fojas 1851, en la carta del gerente general de SCL al Inspector Fiscal se señala que “se ha considerado que este servicio puede ser prestado por terceras personas independientes de Maxximiza e incluso, ha sido ofrecido a las mismas empresas de minibuses, para que ellas lo presten, de manera que tengan certeza de que no operarán para captar pasajeros”;

Cuadragésimo quinto:

Que el testigo señor Sergio Smith a fojas 773 declaró que “este servicio [facilitador] está dirigido al servicio con reserva [...] lo único que busca es encontrar a un pasajero y no tiene por objeto vender servicios de transporte”. En el mismo sentido, el

testigo señor Felipe Elgueta señaló a fojas 803 que la función de los facilitadores consiste en "ubicar al pasajero que tiene una reserva de manera tal de poder decirle que su taxi ha llegado, lo está esperando, acompañarlo y evitar que un transportista pirata o un intermediario hachero lo intercepte en el camino". En la misma línea, la testigo señora Massiel Avedaño señaló que "tengo entendido que tenía que estar en las cintas de equipaje con un tablet esperando a los pasajeros que tenían reservas" (fojas 581). Asimismo, el testigo señor Rodrigo Aguilera, a fojas 1261 y 1279, señaló que los facilitadores "guían al pasajero a comprar el ticket, digamos de taxi o de transporte. Ese facilitador evidentemente pertenece a una empresa que vela por los intereses [sic] de esa empresa y a lo mejor no permite que el pasajero tome su decisión libremente"; no obstante, "debía cumplir la función de guiar o buscar al pasajero que tenía reserva para poder llevarlo a los counter [sic] de entrega de ticket de la Vía";

Cuadragésimo sexto:

Que, por otra parte, el Inspector Fiscal informó, a fojas 836 bis 7, que los facilitadores se concibieron como una "idea [de] anticipar esa decisión para que él decida qué medio de transporte quiere usar"; sin perjuicio de explicar, a fojas 850, que "el concepto que manejaba Vía Controlada para los Facilitadores, apuntaba principalmente a que los Facilitadores capturaban al pasajero que ya tenía una reserva de taxi". Esta declaración aclaró lo que este funcionario señaló en su Minuta Ejecutoria, a fojas 644, donde indicó que el proyecto de Vía Controlada "tiene como finalidad justamente combatir a los facilitadores o captadores que hoy operan en el aeropuerto, eliminando o disminuyendo drásticamente con este tipo de prácticas [sic] que se dan hoy en el aeropuerto en la oferta informal de taxis";

Cuadragésimo séptimo:

Que conforme a la prueba citada en las consideraciones anteriores, se puede concluir que los facilitadores y los voceadores no realizan las mismas funciones. Mientras los primeros cumplirían una función informativa sobre los servicios de transporte, los segundos ofrecen y venden dicho servicio. En el caso de aquellos testigos que definen a los facilitadores como voceadores y captadores, es claro que confunden dichos términos, pues se refieren a aquellos taxistas que estacionan su vehículo y van a captar pasajeros o bien a quienes ayudan a éstos en la salida de la terminal, y no a aquellos que denuncia la demandante que operarían en la zona restringida de correa de maletas;

Cuadragésimo octavo:

Además, tanto las Bases de la Vía Controlada (fojas 10 del Cuaderno de medida cautelar, 189 y 2123 del cuaderno principal), como el Contrato de la Vía Controlada (fojas 2336), la Minuta Explicativa N° 2 (fojas 1875) y el Convenio Complementario N° 3 (fojas 2049) señalan que el futuro concesionario del Proyecto Vía Controlada no será una empresa de transporte con taxis propios, por lo que las personas que identifican estos testigos no podrían ser funcionarios de la Vía Controlada;

Cuadragésimo noveno

Que aclarada la función que debería cumplir el facilitador, corresponde evaluar la prueba que obra en autos sobre la primera acusación de Delfos;

Quincuagésimo:

Que lo primero que se debe analizar es el contrato de subconcesión de la Vía Con-

trolada. Según la demandante, en virtud de este contrato se le habría conferido a Maxximiza la facultad de disponer de facilitadores para que operen dentro de la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto y así desviar la demanda. Delfos no indica en qué parte de dicho contrato se habría dispuesto dicha facultad y, luego de su revisión por este Tribunal, es posible advertir que en ninguna parte se establece la figura de los facilitadores ni una función similar. Sin embargo, las Bases de la Vía Controlada, que se entienden incorporadas a dicho contrato, establecen que “la empresa adjudicada deberá realizar para [los taxis] las siguientes funciones: [...] Dirigir a los pasajeros al andén donde se encuentran los taxis con o sin reservas”;

Quincuagésimo primero:

Que, por tanto, a la fecha de interposición de la demanda Maxximiza tenía una obligación consistente en dirigir a los pasajeros al andén donde se encontraban los taxis con o sin reserva. Sin embargo, de la cláusula de las Bases de la Vía Controlada transcrita en la consideración precedente no se colige que el subconcesionario debía realizar dicha función a través de facilitadores en la zona de correas y maletas;

Quincuagésimo segundo:

Que la demandante sostiene que Maxximiza ya habría estado ejecutando esa obligación –a través de los facilitadores– cuando se presentó la demanda, y que se estaban produciendo los efectos contrarios a la competencia por ella denunciados, esto es, el desvío ilegítimo de pasajeros hacia los taxis en un sector al cual no podían acceder los vendedores o promotores de Delfos. En efecto, en la demanda se utilizan expresiones que denotan que a la fecha de su interposición ya estaría operando la Vía Controlada y los facilitadores. En efecto, la demandante indica que “en virtud del contrato de subconcesión de la primera de las nombradas [Maxximiza], se le confirió la facultad de disponer de los denominados ‘facilitadores’, que no son otra cosa que voceadores, los que operan dentro de la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto; de manera tal que la captura del pasajero se hace en un sector donde no tiene acceso la competencia”. Más adelante señala que “[s]i bien es cierto que los ‘facilitadores’ se presentan como personas cuyo objeto es asistir a los pasajeros para que puedan hacer fácilmente efectivas sus reservas; la verdad es que el objeto preciso de los voceadores es dirigir la demanda de transporte terrestre, hacia tal o cual prestador del servicio”. También expone que, por la forma como se estaría llevando a cabo el proceso de la Vía Controlada, los servicios de minibuses desaparecerían, “pues no podrá captar clientes que ya están dirigidos por los ‘facilitadores’ que las demandadas han dispuesto en zona restringida, en donde carece de acceso mi representada”;

Quincuagésimo tercero:

Que, al respecto, diversos testigos estuvieron contestes en afirmar que la Vía Controlada comenzó a operar en el mes de septiembre de 2014, esto es, después de presentada la demanda (17 de julio de dicho año) y su ampliación (19 de agosto también de dicho año). Así, el testigo señor Richard Tapia señaló a fojas 676 respondiendo a la pregunta “¿usted me podría decir la fecha aproximadamente en qué comenzó a operar la vía... con Maxximiza? Eh... en septiembre del año pasado”; el señor Waldo Ramos, indicó a fojas 712 que “puedo decir que hace como un año, porque yo viajé en julio del año pasado y estaba. Puede que haya estado en marcha blanca en junio”; el gerente general de SCL señor Sergio Smith expuso a fojas 759 que “[l]a vía controlada partió en septiembre de 2014”; también el señor

Felipe Elgueta expresó a fojas 795 que "[l]a vía controlada empezó a operar el 8 de septiembre de 2014"; el señor Rodrigo Aguilera declaró a fojas 1260 que "aproximadamente, a mediados de septiembre, aparece un nuevo "operador", que se pasa a llamar Vía Maxximiza"; y el testigo señor José Guillermo Tramón, Inspector Fiscal del Aeropuerto, señaló a fojas 836 bis 7 que la marcha blanca habría comenzado en septiembre de 2014;

Quincuagésimo cuarto:

Que, a su vez, algunos testigos negaron la implementación de los facilitadores. La señora Massiel Avedaño quien declaró que habría sido contratada como facilitadora, a fojas 582 señaló que "la verdad es que nunca ejercí esa tarea [...] nunca se implementó". En el mismo sentido el señor Felipe Elgueta declaró a fojas 803 que "actualmente no... no están trabajando estos facilitadores. No se han implementado". En esta misma línea, el testigo José Torres Saldivia expuso a fojas 1033 que "en una primera instancia el proyecto tengo entendido que sí consideró este servicio [facilitadores] pero dada la... el movimiento que opera el aeropuerto, no se llevó a cabo". Por último, el testigo señor Sergio Smith indicó que "[n]o tiene voceadores en el proyecto original. Pensamos partir con facilitadores desde un principio, pero debido a que se postergó el inicio del vehículo con reserva se postergó también la incorporación de facilitadores" (fojas 773), agregando posteriormente que "los facilitadores [...] hoy día no están" (fojas 776);

Quincuagésimo quinto:

Que, como se señaló en la consideración cuadragésimo quinta, los testigos que afirmaron la existencia de facilitadores no indicaron con precisión la época en que la Vía Controlada había comenzado a funcionar y dan a entender, en todo caso, que las personas a quienes identifican como facilitadores serían taxistas que se ubican en la zona pública y no en la zona restringida de maletas;

Quincuagésimo sexto:

Que, por otra parte, Maxximiza acompañó a fojas 366 el acta del notario José Faúndez Vergara, quien el día 27 de agosto de 2014 constató que "a la fecha de mi visita el proyecto no se encuentra operativo para la circulación de vehículos, ni tampoco en la atención a pasajeros". Asimismo, también acompañó a fojas 2276 un acta del notario público suplente de la primera notaría de Pudahuel, señor Eduardo Iturriaga Osses, quien el día 15 de enero de 2015 constató que dentro de las zonas restringidas de ambos terminales del Aeropuerto no había ninguna persona ni funcionario de alguna empresa que ofreciera servicios de transporte, ni tampoco observó que alguna persona o funcionario se acercara a otro pasajero para ofrecer tales servicios. Tampoco se observa la presencia de funcionarios que pudieran corresponder a las figuras de los facilitadores en las fotografías acompañadas por Maxximiza a fojas 2242, 2243, 2244, 2245, 2246 y 2247 ni en el video acompañado por Maxximiza que rola a fojas 2276, cuya acta de percepción documental rola a fojas 2352;

Quincuagésimo séptimo:

Que analizada la prueba citada precedentemente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se encuentra acreditado que la Vía Controlada no se encontraba implementada a la fecha de la interposición de la demanda ni de su ampliación y que, en consecuencia, los denominados facilitadores no podían haber estado realizando sus funciones en la zona restringida de correa de maletas e inmigraciones del Aeropuerto, motivo por el cual esta primera acusación no puede prosperar;

Quincuagésimo octavo:

Que no desvirtúa la conclusión anterior la circunstancia que SCL y Maxximiza hayan reconocido en sus contestaciones que tenían pensado implementar los denominados facilitadores, pues ello se referiría, en todo caso, a hechos futuros, los cuales no pueden ser objeto de un procedimiento contencioso como el de autos, en el que se persigue sancionar conductas ya ejecutadas que producen o tienden a producir efectos en la competencia. El análisis prospectivo sobre los eventuales riesgos para la libre competencia que puede generar un hecho, acto o convención por celebrarse o ejecutarse, es propio de los procedimientos no contenciosos o consultas iniciados, por regla general, por quien se propone celebrarlos o ejecutarlos con el objeto de obtener la necesaria certeza jurídica;

Quincuagésimo noveno:

Que, por último, y como se señaló en la consideración trigésimo cuarta, la demandante tampoco aportó prueba alguna de la supuesta “coordinación” entre Maxximiza y SCL para aprovechar la posición dominante de la primera (la que tampoco acreditó según se expuso en la misma consideración);

Sexagésimo:

Que la segunda conducta denunciada por la demandante es una eventual discriminación anticompetitiva en la asignación de los estacionamientos concesionados. En este sentido, señala en su demanda que “las Bases de la Vía Exclusiva modifican el equilibrio actual, ya que se eliminan todos los estacionamientos de minibuses, dejando sólo estacionamiento para los taxis”, de modo que los usuarios del Aeropuerto no tendrían acceso igualitario a minibuses y taxis. Agrega que “lo más grave de esta arbitrariedad es que se ha dejado en manos de Maxximiza la decisión de la ubicación de los estacionamientos de las empresas de minibuses”;

Sexagésimo primero:

Que SCL, por su parte, contestó esta acusación indicando que “la totalidad de las imputaciones efectuadas por Delfos en su demanda consisten exclusivamente en hechos futuros y meramente especulativos”, lo que incluye la posibilidad de eliminar los estacionamientos de minibuses;

Sexagésimo segundo:

Que Maxximiza, por su parte, señaló que “resulta manifiestamente contradictorio sostener, por una parte, que los estacionamientos de minibuses se eliminan en virtud de las Bases, para luego aseverar que es Maxximiza la que decidirá sobre los mismos” y que “no es efectivo que se eliminan los estacionamientos para minibuses [ni] que la ubicación de éstos dependa de una decisión de Maxximiza”. Así, según esta empresa, el funcionamiento de la Vía Controlada desde su entrada en operación “ha implicado la concesión de 10 estacionamientos para minibuses, ubicados entre las puertas N° 3 y 4 de salida del terminal de pasajeros, 5 de los cuales corresponden a la empresa demandante”;

Sexagésimo tercero:

Que la demanda no es clara en cuanto a si dicha discriminación se produciría entre taxis y minibuses, porque los estacionamientos de éstos últimos se eliminan en las Bases de la Vía Exclusiva, o si se trataría de una discriminación en los estacionamientos que se asignan a Delfos y a su competidor;

Sexagésimo cuarto:

Que, analizadas las Bases de la Vía Controlada que rolan a fojas 10 del Cuaderno de medida cautelar, 189 y 2123 del cuaderno principal, se advierte que el proyecto de Vía Controlada contemplaba la creación de áreas de estacionamientos, de las cuales algunas específicamente serían asignadas a los minibuses. Así, en la sección 2.1 de estas bases se señala que existirá un sector con "una capacidad para 299 estacionamientos, de los cuales 15 serán destinados a buses, 274 a taxis y 10 a minibuses". Posteriormente, en la sección 2.2 del mismo documento se establece que "el servicio de transporte en minibuses es prestado por 2 empresas desde y hacia el aeropuerto. Cada empresa debe contar con una flota de al menos 20 minibuses cada una y tendrán libre acceso al estacionamiento y Vía Controlada". En ninguna parte de estas bases se establece alguna disposición que elimine los estacionamientos de los minibuses;

Sexagésimo quinto:

Que tampoco los testigos declararon sobre una eventual eliminación de los estacionamientos de los minibuses. En general, dichos testimonios se refirieron al número de estacionamientos que se asignaron a Delfos y a Transvip. Así, por ejemplo, al ser interrogado por el Tribunal respecto de dónde se ubican los estacionamientos de Delfos, el testigo señor Waldo Ramos Fuentes señaló que "[i]gual que los Transvip, entre la 4 y la 5... De las salidas. Son 6 salidas que tiene el aeropuerto [...] ahí, en la cola entre la 4 y la 5, ya derechamente está lleno de mini buses" (fojas 710). Concuerda con lo anterior el testigo señor Felipe Elgueta Caroca, al indicar que "se les asignan cinco espacios de estacionamiento a la Empresa Delfos para sus minibuses y cinco espacios de estacionamiento a la empresa Transvip" (fojas 810). Del mismo modo, el Inspector Fiscal del AMB señaló que "ambos [Transvip y Delfos] entran por el mismo bolsón de taxis; ambos entran con una cantidad de espacios asignadas por Vía Controlada, que son 5 para cada una, y la asignación está dentro del espacio de Vía Controlada, en el mismo nivel, asignado entre las puertas 3 y 4" (fojas 836 bis 5). Por último, el testigo señor José Torres Saldivia aseguró que "los minibuses siempre han tenido cinco posiciones" y que "por un tema de... de actividad vial en la vía digamos, se movieron las compañías de una puerta a otra [...] pero las dos compañías juntas. Ahí se corrieron a la puerta 3... de la cuatro a la 5" (fojas 1036). En el mismo sentido, el testigo señor Manuel Álvarez Folle, conductor de Delfos, a fojas 1360 declaró que "a nosotros nos tienen ubicados en el sector, entre las puertas 3 y 4, con capacidad para 5 vehículos, 5 camionetas transfer, detrás nuestro está otra empresa que se llama Transvip, que tiene también 5 lugares". Asimismo, declaró que antes de que se instalara la Vía Controlada tenían asignados los mismos lugares y los mismos cupos;

Sexagésimo sexto:

Que el testigo señor Antonio Campos Layana declaró a fojas 1336 que Delfos tiene 5 estacionamientos, lo que reiteró a fojas 1351, y que el otro transfer "tiene como cinco, tiene como catorce", los que se ubican "a la salida de las puertas principales [...] en la puerta cuatro". Sin embargo, a fojas 1346 el mismo testigo declaró que "están adelante de nosotros, está Transvip con 5, estamos nosotros y después vienen estacionamientos, donde ellos [Transvip] pueden estacionar más vehículos de los taxis de turismo". El conductor de transfers de Delfos, señor Carlos Saavedra, declaró a fojas 1396 desconocer por qué Transvip tendría más estacionamientos que Delfos, no obstante haber declarado a fojas 1394 que "de la puerta N° 5 a la puerta N° 4, [sic] está Transvip, que ahí estaciona, 10 autos, taxis; en la puerta N° 4

sigue Delfos con 4 con 5 estacionamientos; un poco más atrás sigue Transvip con 5 camionetas de estacionamientos". Luego señala que "ya adelante al frente de nosotros de Delfos, donde estamos los 5" (fojas 1394) y que "son 5 de Transvip y 5 de Delfos" (fojas 1396);

Sexagésimo séptimo:

Que, considerando la prueba documental y testimonial presente en estos autos, es posible concluir que los estacionamientos de Delfos no fueron eliminados a la fecha de la demanda ni a la de u ampliación;

Sexagésimo octavo:

Que tampoco se probó una discriminación entre las empresas de minibuses, porque cada una tenía cinco estacionamientos. El hecho que los estacionamientos de los minibuses de Delfos y Transvip se encuentren de manera correlativa en el mismo andén no altera la conclusión anterior, ya que no sería posible vender pasajes en el andén, según declaró el testigo señor Carlos Castro Saavedra (fojas 1396). En el mismo sentido se ha referido ante este Tribunal el Inspector Fiscal del Aeropuerto señor José Guillermo Tramón, cuando señala que "para esta Inspección Fiscal, no hay diferencia en posiciones, porque de hecho, en servicio de transfers se contrata antes, justo en la salida y antes de la salida, en ambas salidas nacionales e internacionales";

Sexagésimo noveno:

Que la tercera conducta que Delfos imputa a las demandadas corresponde a una discriminación cometida por SCL en la entrega de counters o mostradores a las empresas de minibuses. Delfos señala en su demanda que los minibuses "no pueden tener nada más que 4 mostradores en las ubicaciones que el contrato establece", pese a lo cual SCL habría conferido 5 mostradores a Transvip antes y después de obtener la subconcesión, "continuando con un mostrador en exceso durante todo el año 2012 y parte del año 2013". De acuerdo con la demandante, dicho mostrador adicional habría sido posteriormente eliminado por sus reclamos a SCL, pero vuelto a implementar en el área de recepción de equipajes del Terminal Internacional por medio de una negociación directa entre SCL y Transvip. De esta forma, se habría discriminado a Delfos "pues tal proceso de entrega no se hizo con previo aviso a la competencia de Transvip [...] sino de manera clandestina y oculta";

Septuagésimo:

Que SCL sostuvo que no sería efectivo que se haya discriminado entre las empresas de minibuses, ya que "ambas cuentan con numerosos y similares puntos de venta, tanto en las áreas de desembarque como en las áreas públicas del Aeropuerto, teniendo acceso directo y expedito a los pasajeros para ofrecer sus servicios". Además, indica que "de acuerdo a las Bases de Licitación, cada empresa podría operar con 4 mesones de atención. Hoy en día, ambas empresas cuentan con 5 mesones", por lo que no existiría la discriminación alegada;

Septuagésimo primero:

Que el documento "Solicitud de propuesta para la prestación del servicio de transporte en minibuses en el Aeropuerto Internacional AMB de Santiago", de 14 de noviembre de 2011, acompañado por SCL a fojas 155 y 2153, numeral 1.3, inciso segundo, determina que "[p]ara la prestación de este servicio, SCL entregará a cada adjudicado un espacio para instalar dos (2) mostradores o counters, ubicados en

el salón público del Terminal de Pasajeros, un (1) mostrador o counter ubicado en el área de recepción de equipajes en el terminal Internacional de Pasajeros y un (1) mostrador o counter ubicado en el sector de Llegadas del Terminal Nacional de Pasajeros". De lo anterior se desprende que ambas empresas tendrían idénticas condiciones para la instalación de sus counters, lo que coincide con lo dispuesto en los contratos de subconcesión;

Septuagésimo segundo:

Que, por otra parte, el Inspector Fiscal de explotación de la Concesión del Aeropuerto en su Minuta Ejecutoria de junio de 2014 (rolante a fojas 639 y siguientes), señaló que "[l]os puntos de venta mínimos que dispone cada subconcesión que entrega el servicio de minibuses se encuentra definido en las bases de licitación privadas con que se adjudicaron estos servicios a Transvip y Delfos, sin embargo, esto no implica que no se puedan habilitar más puntos de venta a público a solicitud del subconcesionario en espacios aprobados por la Inspección Fiscal y bajo las condiciones comerciales adicionales que la Concesionaria pueda poner en ellos, por lo que no se incurre en violación alguna a lo instruido por la sentencia N° 61/2007 ni corresponde a una infracción del contrato de subconcesión al conceder más puntos de venta que los licitados". En este documento se indica el número de mostradores que tenía cada empresa en esa fecha. En el caso de Transvip, disponía de "un counter en el Edificio Terminal, lado internacional" (Contrato N° 2192) y "cuatro counters" (Contrato N° 2172); mientras que el contrato de Delfos (Contrato N° 2173) contemplaba "cuatro counters". Lo anterior demuestra que, en esa época, Transvip tenía con SCL un contrato adicional y distinto al de subconcesión de minibuses en el que precisamente se le entregaba un nuevo counter;

Septuagésimo tercero:

Que esta diferencia puede deberse a razones objetivas y justificadas o bien a una discriminación arbitraria de SCL, como acusa la demandante. Para discernir esta situación se debe tener presente lo señalado por el Inspector Fiscal en el documento citado en la consideración anterior, sobre la posibilidad que las subconcesionarias pudieran solicitar a SCL mostradores adicionales a los establecidos en sus respectivos contratos de subconcesión. La circunstancia que Transvip haya tenido durante algún tiempo (años 2012 y 2013) un counter más que Delfos debería entenderse en una solicitud de dicha empresa a SCL. Lo determinante entonces es analizar si la demandante también solicitó un mostrador adicional y cuál fue la actitud de SCL frente a dicha petición;

Septuagésimo cuarto:

Que de la cadena de correos electrónicos enviados entre el señor Rodrigo Aguilera, de Delfos, y el señor Mario Maechtig, de SCL, (rolantes a fojas 650 y 651) se desprende que existió la voluntad por parte de la concesionaria de establecer un acuerdo para igualar las posiciones de venta de las dos empresas de minibuses. En particular, el señor Aguilera señala en su correo electrónico, de fecha 21 de febrero de 2014, que "[c]laramente tenemos un 30% menos de punto de venta por turno que nos afecta en la igualdad de condiciones de acceder a ventas. Nuestra preocupación pasa que ese porcentaje de acceder a esos potenciales pasajeros nos afecta a nosotros de manera sustancial, este tema está latente desde el año pasado. Para nosotros es necesario igualar los puntos, Transvip cuenta con un punto de venta en el mismo counter que los renta car [sic] de la aduana nacional y otro al lado del counter de Entel en la aduana inter. Te envié [sic] este mail para que veamos una

solución en el menor plazo posible y así poder llegar a igualdad de condiciones entre las dos empresas". A esta comunicación el señor Maechtig respondió, con fecha 27 de febrero de 2014, que "[...] los 2 counters que señalas son adicionales a los del contrato de minibuses, estos están hace algún tiempo, si quieres podemos ver posiciones adicionales para ustedes. No tenemos inconvenientes para ver opciones factibles, ideal hubiese sido tener este input desde ustedes con el tiempo que indicas en tu correo", ofreciendo también una fecha y hora para reunirse;

Septuagésimo quinto:

Que sin perjuicio del correo electrónico citado en la consideración precedente, no existe evidencia en autos respecto de una negativa de SCL para otorgar un counter adicional a Delfos. Tampoco se acreditó que SCL habría ofrecido condiciones distintas a las ofrecidas a Transvip para obtener un mostrador. En efecto, el testigo presentado por la demandante, señor Carlos Castro, señaló que tenía más mostradores, pero no declaró si SCL había negado injustificadamente a Delfos mostradores adicionales (fojas 1387). A su vez, el acta notarial acompañada por la actora a fojas 656 tampoco aporta mayor claridad en esta materia, pues data de una fecha posterior a la interposición de la demanda;

Septuagésimo sexto:

Que por todo lo anterior, se concluye que no existe evidencia de que SCL haya afectado la libre competencia por haber discriminado arbitrariamente a Delfos al otorgar, durante los años 2012 y 2013, un counter adicional a Transvip, por lo que también se rechazará la demanda en esta parte;

Septuagésimo séptimo:

Que la última de las acusaciones de Delfos se dirige en contra de Agunsa. La demandante señala que la constante y pertinaz conducta violatoria de SCL en contra de su normativa respondería a una política preparada, programada y ejecutada por su sociedad controladora, la que detentaría el 47,6% del capital accionario de SCL. Asimismo hace presente que esta demandada se habría presentado como licitante del Aeropuerto y que también prestaría servicios de transporte terrestre;

Septuagésimo octavo:

Que Agunsa contestó la demanda y su ampliación señalando que es una sociedad anónima abierta distinta de SCL, de la cual es accionista en conjunto con otras sociedades. Sostiene que no habría ninguna extensión de responsabilidad por el principio de separación de personalidades y de patrimonios. También, como se indicó, interpone la excepción de legitimación pasiva, pues declara no haber tenido ninguna participación en la celebración de contratos o ejecución de los hechos que se acusan, señalando que corresponde a la demandante acreditar la existencia del actuar que le imputa;

Septuagésimo noveno:

Que para acreditar esta conducta, la demandante solicitó a las demandadas Agunsa y SCL que exhibieran actas de directorio. En las audiencias de exhibición de documentos de rigor (fojas 718 y 723) estas demandadas exhibieron un total de 123 actas de directorio (48 de Agunsa y 75 de SCL), no constando en ninguna de ellas, de manera directa o indirecta, la acusación de la demandante, esto es, que Agunsa hubiera preparado, planificado y ejecutado una política destinada a que SCL contraviniera su normativa;

Octogésimo:

Que el resto de la prueba rendida en autos tampoco acredita dicha acusación. A fojas 928 el director de Agunsa, Franco Montalbetti, declaró que esta empresa no tendría "ninguna incidencia en las decisiones que toma el directorio de SCL". En el mismo sentido declaró José Manuel Urenda, director de Agunsa y SCL, al sostener que "no es efectivo que los actos de SCL correspondan a políticas de Agunsa porque el negocio de las concesiones es sumamente controlado y la administración tiene poco campo de acción" (fojas 1246). Por otra parte, el testigo presentado por Delfos, Antonio Campos, declaró no saber sobre este punto (fojas 1355);

Octogésimo primero:

Que por lo anterior se concluye que no existe evidencia de que Agunsa haya preparado, programado y ejecutado una política para que SCL violara la normativa de manera constante y pertinaz, por lo que se rechazará la acusación de Delfos y la excepción de legitimación pasiva opuesta por Agunsa;

Octogésimo segundo:

Que, por todo lo expuesto, se rechazará la demanda de Delfos en todas sus partes;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º; y 29º del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

RECHAZAR las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas por Sociedad Administradora de Estacionamientos Maxximiza S.A.;

RECHAZAR la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Agencias Universales S.A.;

RECHAZAR la demanda interpuesta por Transportes Delfos Limitada, con costas.

SENTENCIA 150/2016 (Causa Rol C 294-15)

"Demanda de Rumbo Sur Ltda. contra Empresa Portuaria Valparaíso"

Fecha dictación: 2 de junio de 2016.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra y Javier Tapia Canales.

Demandante: Rumbo Sur Ltda. ("Rumbo Sur")

Demandado: Empresa Portuaria de Valparaíso ("EPV")

Resumen de la controversia: Rumbo Sur acusa a EPV de ejercer actos de autoridad que atentarían contra la libertad económica y la libre competencia en la administración del muelle Prat del puerto de Valparaíso. En específico indica que EPV solo negocia las condiciones de operación del muelle con la Asociación Gremial de lanchas fleteras turísticas y acusa una serie de conductas discriminatorias de parte de EPV, como el cambio en la asignación de cupos del muelle Prat.

Mercado afectado: Mercado portuario.

Resolución del Tribunal: Se rechazó la demanda ya que la apreciación de la prueba rendida en autos no permitía dar por acreditados los hechos imputados por Rumbo Sur. Adicionalmente, el Tribunal sostuvo que el demandante no explicó cómo las conductas imputadas afectarían la libre competencia ni cómo constituirían infracciones al D.L. N° 211. Finalmente, el Tribunal señaló que, incluso de haberse acreditado las conductas, habría acogido la excepción de prescripción extintiva opuesta por la Empresa Portuaria de Valparaíso.

Recursos: Sin reclamación pendiente.

Temas que trata: Prescripción; actos de autoridad.

Santiago, dos de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1.1. El 18 de mayo de 2015, según consta a fojas 61, Rumbo Sur Limitada (en adelante indistintamente “Rumbo Sur”) interpuso una demanda en contra de la Empresa Portuaria de Valparaíso (en adelante indistintamente “EPV”), sosteniendo que ella habría vulnerado el ordenamiento jurídico, realizando actos atentatorios a la libertad económica y la libre competencia. A juicio de Rumbo Sur, EPV tendría el deber de garantizar que quienes desarrollen actividades económicas al interior de los recintos portuarios lo puedan realizar de manera libre, con apego a las restricciones de control que le competen a las empresas portuarias. Para ello, EPV debería dictar normas internas que permitieran a las distintas personas saber previamente las limitaciones, restricciones y obligaciones que tendrían.

1.2. El demandante afirma desarrollar actividades de transporte de pasajeros desde 1993 en el Muelle Prat de Valparaíso, contando para ello con dos cupos para operar naves, numerados como 62 y 63. A juicio del demandante, EPV habría modificado arbitrariamente la asignación de cupos, cambiando el cupo 62 por el 5.

1.3. Por otra parte, Rumbo Sur reclama haber sido afectada, en forma reiterada y sostenida, por actos, determinaciones y omisiones de EPV que le generarían perjuicios económicos y conflictos innecesarios con sus pares (competidores). Ello se debería a que EPV no habría actuado como agente regulador de los recintos portuarios. Sostiene que no existiría un contrato formal que establezca las condiciones en que las empresas prestadoras de servicios en el Muelle Prat se vincularían con EPV, y que eviten actos discriminatorios o atentatorios a la libertad económica y la libre competencia.

1.4. Un primer ejemplo de lo anterior lo constituiría el tratamiento discriminatorio relativo a la celebración de convenios de pago. La Resolución N° 1 de EPV, de 13 de enero de 1999, contemplaría la procedencia de convenios de pago para las naves que operan en los sectores Este y Weste del Muelle Prat. Sin embargo, EPV nunca habría considerado suscribir un convenio de pago con Rumbo Sur, pese a numerosas peticiones de dicha empresa. Por el contrario, competidores de Rumbo Sur sí habrían accedido a dichos convenios de pago, además de facilidades para hacer uso de los señalados muelles.

1.5. Otro ejemplo de conducta discriminatoria consistiría en el cobro de tarifas superiores a las cobradas a otros operadores. El demandante sostiene que las naves bajo su operación habrían sido acondicionadas para ocupar el ancho del portalón, que no excedería de 60 centímetros, con ventajas de eficiencia, seguridad y menor utilización del frente de atraque. La Circular GO/001/2013 de EPV establecería tarifas aplicables a embarcaciones en función de su dimensión, considerando para esos efectos el acondicionamiento o acoderamiento de la nave. Sin embargo, el demandante sostiene que EPV le cobraría tarifas superiores a las cobradas a otros operadores, infringiendo las disposiciones de la citada circular.

1.6. En tercer término, el demandante sostiene que el sector Weste del Muelle Prat fue clausurado debido al terremoto de 27 de febrero de 2010. Esta situación habría generado un nuevo trato discriminatorio: mientras a Rumbo Sur habría sido autorizado a ocupar el sector denominado escala fiscal (mediante carta GDN/UDN/059/2010, de 1 de abril de 2010) y solamente para la prestación de servicios turísticos; otros usuarios del Muelle Prat, sector Este, habrían sido autorizados a reparar daños por cuenta propia y retomar normalmente su actividad.

1.7. En cuarto término, Rumbo Sur sostiene no encontrarse afiliada a asociación, federación o confederación alguna. Afirma que EPV negociaría tarifas y condiciones de operación exclusivamente con la Asociación de Lanchas Fleteras Turísticas (en adelante, indistintamente, "Aglafletur" o "Agdlafletur"), para luego haría aplicable las condiciones generales acordadas con dicha asociación a operadores independientes como Rumbo Sur. La demandante señala varias oportunidades en las que EPV habría establecido o modificado, a solicitud de Aglafletur, el sistema único de trabajo o de operación del Muelle Prat. Sostiene que en la práctica, esas condiciones de operación implicarían tratamientos diferenciados entre embarcadores, bajo la aquiescencia tácita de EPV, y que afectarían la libre competencia.

1.8. Rumbo Sur añade que habría representado estas situaciones a EPV en innumerables ocasiones, siendo ignorado sin causa justificada. Adicionalmente, sostiene haber sufrido perjuicios derivados del comportamiento de EPV ascendientes a \$ 30.000.000, de los cuales \$10.000.000 corresponderían a daño emergente y \$20.000.000 a lucro cesante.

1.9. Rumbo Sur solicita a este Tribunal -en el cuerpo de su escrito- la aplicación de una multa de 20.000 UTA o aquella que el TDLC estime oportuna. Finalmente, en el petitorio de su demanda, solicita: (i) declarar que el actuar de EPV no se ajustaría a derecho; (ii) ordenar a EPV se abstenga de continuar con las actuaciones u omisiones imputadas; (iii) disponer que EPV dicte de una reglamentación que garantice el legítimo derecho de los agentes que laboran en sus recintos a ejercer la actividad económica que les compete debidamente y sin que medien actuaciones discriminatorias, arbitrarias o contrarias a la Constitución y las leyes de libre competencia; y, (iv) condenar a la demandada a pagar las costas.

2. Con fecha 30 de diciembre de 2015, según consta a fojas 112, la Empresa Portuaria de Valparaíso contestó la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

2.1. El demandado indica que el Muelle Prat sería una zona urbana de acceso público de 6.112 m², de los cuales 3,342 m² corresponderían a paseo peatonal. Su administración correspondería a EPV, con arreglo a las disposiciones de la Ley N° 19.542. El Muelle Prat tendría tres atracaderos (Este, Weste y Central o Escala Fiscal) y su uso se encontraría regulado por la Resolución N° 1, de 13 de enero de 1999, y la Circular N° GO/001/2003, de 24 de enero de 2003, ambas dictadas por la empresa portuaria.

2.2. EPV precisa que los muelles Este y Weste serían utilizados prioritariamente para prestar servicios a armadores. En el muelle Weste se prestarían

los servicios de transporte turístico (paseo por la bahía), transporte especial (actividades como pesca deportiva, funerales, observación de la fauna marina, entre otras) y servicios a naves y empresas, mientras que en el muelle Este se prestarían servicios de transporte colectivo (paseo por la bahía) y particular (paseo por la bahía).

2.3. EPV añade que hasta 1998 el Muelle Prat no habría reconocido organizaciones ni habría cobrado tarifas por el uso de sus instalaciones. El cobro de tarifas fue regulado por la citada Resolución N° 1 y luego complementado por la suscripción de un convenio tarifario con Aglafletur denominado “Tarifa Convenida Uso Muelle Este del Muelle Prat N° 001/2003”. Dicho convenio contemplaría un pago mensual fijo y otro variable, que dependería de la cantidad de días trabajados dentro del mes. Se eximirían de ese pago los primeros siete días del mes. A juicio de EPV, el convenio de pago con Aglafletur generó orden en la operación y redujo la carga administrativa.

2.4. EPV sostiene que el funcionamiento de los muelles Este y Weste habría producido desavenencias en el pasado entre distintos embarcadores y EPV. En este sentido, EPV cita dos recursos de protección relativos a las condiciones de operación del Muelle Prat interpuestos en los años 2000 y 2008. En uno de esos procesos la Excma. Corte Suprema habría validado expresamente el cobro de tarifas diferenciadas en función de si los usuarios eran o no miembros de Aglafletur.

2.5. EPV también indica que a partir del año 2009 la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente la “FNE”) habría investigado eventuales restricciones a la libre competencia relacionadas con las tarifas aplicadas por la utilización de infraestructura portuaria del muelle Este a los operadores de lanchas turísticas (Rol FNE 1401-2009). En el año 2010 la FNE habría archivado la investigación, por estimar que la diferenciación tarifaria no habría tenido efectos exclusorios.

2.6. En lo que respecta al eventual cambio en la asignación de cupos del Muelle Prat, EPV sostiene que no sería efectivo que ella haya cambiado la asignación del cupo 62 por el cupo 5; que no existiría asignación de cupos para el muelle Weste; y que la asignación de cupos para el muelle Este habría sido fijada por Aglafletur en sus estatutos, y no por EPV.

2.7. En lo que respecta a la imputación de discriminaciones relativas a la celebración de convenios de pago, EPV sostiene encontrarse impedida de ejercer su derecho a defensa, pues el demandante no identificaría cuál convenio de pago sería contrario a la libre competencia. En todo caso, precisa que los convenios de pago contemplados en la Resolución N° 1 de 1999 serían convenios mensuales iguales y no discriminatorios respecto de cada universo particular, de modo que no se apreciaría cómo podrían afectar la libre competencia. Finalmente, indica que la FNE habría declarado que diferenciación tarifaria no produciría efectos exclusorios.

2.8. En lo que respecta a la acusación de cobro de tarifas superiores a las cobradas a otros embarcadores, pese al acondicionamiento de las naves de Rumbo Sur, EPV sostiene que el acoderamiento de embarcaciones es efec-

tivamente considerado para efectos tarifarios. Sin embargo, EPV señala que la dimensión de la nave de Rumbo Sur sería de tres metros (no de sesenta centímetros), de modo que los cobros se habrían realizado en razón de esa mayor dimensión y con la aprobación y consentimiento de Rumbo Sur.

2.9. En lo que respecta a la acusación de negociar las condiciones de operación del muelle exclusivamente con Aglaffetur, desconociendo a operadores independientes, EPV niega tajantemente que sólo negocie con esa asociación gremial. Aduce que el 3 de abril de 2010 habría suscrito un acuerdo con Rumbo Sur y otro embarcador, acuerdo que estaría vigente en la actualidad.

2.10. Finalmente, en lo que respecta a la existencia de condiciones de operación no escrituradas que se traducirían en un tratamiento discriminatorio contrario a la libre competencia, EPV afirma que la operación del Muelle Prat estaría reglada mediante la Resolución N° 1, de 1999.

2.11. Como primera defensa, EPV opone la excepción de prescripción extintiva, pues los hechos imputados por Rumbo Sur habrían ocurrido hace más de cinco años. Sostiene que las conductas imputadas se basarían en: (i) la Resolución N° 1 de EPV, dictada en 1999; (ii) tres circulares dictadas por EPV relativas a las condiciones de operación y tarifas del Muelle Weste, todas ellas dictadas a principios de 2003; (iii) el terremoto de 27 de febrero de 2010; o, (iv) la incorporación de Rumbo Sur a un esquema de trabajo en contra de su voluntad en abril de 2010. Añade que la demandante habría tomado conocimiento de los hechos imputados hace largo tiempo, según demostrarían la carta de Rumbo Sur a EPV de 24 de septiembre de 2012 y la carta de respuesta de EPV a Rumbo Sur, de fecha 10 de octubre de 2012. En virtud de lo anterior, EPV sostiene que el plazo general de prescripción del D.L. N° 211 habría transcurrido íntegramente al 12 de noviembre de 2015, fecha de notificación de la demanda.

2.12. En subsidio de la excepción de prescripción, EPV opone una "excepción de antijuridicidad" de las conductas imputadas. Fundamenta su excepción en que la demanda no habría desarrollado la manera en que los hechos invocados afectarían la libre competencia o se encuadrarían en alguna de las hipótesis del artículo 3° del D.L. N° 211. EPV también sostiene que los hechos imputados no reunirían los elementos propios de los ilícitos contemplados en el D.L. N° 211 y, por consiguiente, no podrían ser sancionados. A mayor abundamiento, EPV indica que los recursos de protección interpuestos en el pasado fueron rechazados y que la investigación desarrollada por la FNE fue archivada, lo que ratificaría que no existiría conducta anticompetitiva por parte de EPV.

3. El Tribunal recibió la causa a prueba mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2016, que rola a fojas 125, fijando los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

"1. Estructura, funcionamiento y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en la demanda. Normas, actos, documentos e instrumentos en que consta la regulación del muelle Prat del puerto de Valparaíso.

2. Efectividad de que la demandada solo negocia condiciones de operación con AGLAFLETUR y que las impone a la demandante; oportunidad de dichas negociaciones.
3. Circunstancias, oportunidad, objeto y efecto del cambio de cupo N°62 de la demandante por el N°5 en el muelle Este.
4. Efectividad de que la demandada haya negado a la demandante la obtención de convenios de pago; y, en caso de ser efectivo, motivos y oportunidad de su negativa.
5. Dimensión física de la nave utilizada por la demandante. Aplicación de la Circular GO/001/2003 para el cálculo de la tarifa por uso de muelle Weste”.

4. Documentos acompañados por las partes:

4.1. El demandante acompañó a fojas 61: (i) cuadro que resumiría las utilidades de Rumbo Sur (2003-2014); (ii) carta de Aglafletur a EPV, de 4 de enero de 2011; (iii) carta de Rumbo Sur a EPV, de 3 de diciembre de 2012; (iv) carta de EPV a Rumbo Sur, de 28 de diciembre de 2012; (v) reglamento de uso de los embarcaderos del Muelle Prat, de 13 de enero de 1999; (vi) Circular GO/001/2003, de 24 de enero de 2003; (vii) Circular GO/03/2003, de 14 de febrero de 2003; (viii) carta de EPV a Rumbo Sur, de 1 de abril de 2010; (ix) acuerdo operación Muelle Prat para Servicios de Turismo; (x) carta de EPV de 12 de enero de 2011; (xi) carta de Rumbo Sur a EPV, de 24 de febrero de 2011; (xii) carta de Aglafletur a EPV, de 19 de marzo de 2012; (xiii) carta de EPV a Rumbo Sur, de 10 de octubre de 2012; (xiv) resolución N° 147, que fija zona de fondeo para embarcaciones menores en el Muelle Prat; (xv) resolución N° 1, de 13 de enero de 1999, que establece procedimiento de uso Muelle Prat; (xvi) carta de Rumbo Sur a EPV, de 24 de septiembre de 2012; (xvii) carta de Rumbo Sur a EPV, de 3 de febrero de 2014; (xviii) Ordinario N° 12.600/58 de la Dirección General de Territorio Marítimo y Mercante (“Directemar”), que dio de baja embarcación Maite; (xix) solicitud de Rumbo Sur de dar de baja la nave Maite del Registro de Embarcaciones Menores; (xx) certificado de matrícula de nave Maite, de 21 de octubre de 2012; (xxi) carta de Rumbo Sur a EPV, de 1 de marzo de 2010; (xxii) carta de Rumbo Sur a EPV, de 3 de mayo de 2010; (xxiii) carta de Rumbo Sur a EPV, de 12 de octubre de 2010; (xxiv) constitución de sociedad de hecho entre Norberto Donoso y Michael Pugh; (xxv) Circular GO/02/2003, de 20 de febrero de 2003; (xxvi) cuadro que indicaría la diferencia que habría implicado para Rumbo Sur operar con o sin convenio de pago en el Muelle Prat; (xxvii) cuadro que indicaría los montos pagados por Rumbo Sur en el período 1999 a 2012; y (xxviii) cuadros con facturas que EPV habría emitido a Rumbo Sur en el período 1999 a 2012.

4.2. A fojas 239 el demandado acompañó: (i) Tarifa Convenida Uso Muelle Este del Muelle Prat N° 001/1999, de 27 de mayo de 1999; (ii) Tarifa Convenida Uso Muelle Este del Muelle Prat N° 001/2003, de 1 de octubre de 2003; (iii) piezas del proceso rol N° 42-2000 de la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, relativo al recurso de protección interpuesto por el señor Michael Pugh Olavarría en contra de Aglafletur; (iv) sentencias pronunciadas por la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso (rol N°431-2008) y la Excm. Corte Suprema (rol N° 6874-2008) respecto del recurso de protección interpuesto por los señores Guerrero Parada y Guerrero Aguilar en contra de EPV y Aglafletur; (v) Ordinario N° 115, de 13.02.2009, por el que la FNE comunica a EPV

el inicio de la investigación rol N° 1401-09; (vi) resolución de la FNE de 30 de diciembre de 2010, por medio de la cual la FNE archivó la investigación rol N° 1401-09; (vii) sentencia de la Excm. Corte Suprema en el caso Oxígeno, de 22 de enero de 2007; (viii) sentencia del TDLC en el caso Terquim, de 21 de enero de 2010; (ix) sentencia de la Excm. Corte Suprema en el caso Terquim, de 9 de septiembre de 2010; (x) resolución exenta N° 440, de 24 de abril de 1999, que aprueba el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque de la Empresa Portuaria Valparaíso; (xi) Reglamento de Coordinación del Recinto Portuario de Puerto Valparaíso de EPV, de 2010; (xii) Decreto Ley N° 2222, de 21.05.1978, que sustituye la Ley de Navegación; y, (xiv) Decreto con Fuerza de Ley N° 292, de 25.07.1953, que aprueba la Ley Orgánica de la Directemar.

4.3. A fojas 243 el Tribunal ordenó oficiar a la Directemar, a fin de que informara respecto de la dimensión física de la nave Daddy, matrícula VAL-3751. A fojas 250 rola la respuesta del Sr. Subdirector de la Directemar.

5. A fojas 249, con fecha 18 de mayo de 2016, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó el conocimiento de la causa en cuenta, atendido que el único abogado que concurrió a la audiencia de fijación de la vista de la causa solicitó que no se escucharan alegatos y lo dispuesto en el artículo 23° del D.L. N° 211.

6. Se dio cuenta de la causa con fecha 1 de junio de 2016, según consta en el certificado de fojas 255.

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que, en lo que respecta a la acusación relativa a un eventual cambio en la asignación de los cupos en el Muelle Prat de Valparaíso, los documentos acompañados dan cuenta de que: (i) la utilización del cupo N° 5 por Rumbo Sur prevendría, al menos, de un acuerdo suscrito por la demandante, por Agdlaftetur, por EPV y por la Empresa Pedro Ruidiaz Romero E.I.R.L. con fecha 3 de abril de 2010 (fojas 36); (ii) dicho acuerdo de operación se habría suscrito como consecuencia de los daños causados al Muelle Prat por el terremoto de 27 de febrero de 2010 (fojas 23); (iii) EPV, mediante carta de 12 de enero de 2011, habría formalizado ciertos acuerdos relativos al funcionamiento transitorio de los muelles Este y Weste del Muelle Prat durante el período estival, manteniendo la operación de la Nave L/M Daddy, operada por Rumbo Sur, en el N° 5 del listado (fojas 37); (iv) con posterioridad a esos hechos, Rumbo Sur habría seguido operando con el número 5 del listado (fojas 23). Por el contrario, este Tribunal no cuenta con indicios suficientes respecto de la utilización de los cupos N° 62 y 63 del Muelle Prat por naves operadas por Rumbo Sur, pues el único documento que se refiere a ello consiste en una carta emanada de la propia demandante (fojas 55);

Segundo:

Que los documentos antes señalados no permiten dar por acreditado que EPV haya cambiado el cupo 62 por el cupo 5 en contra de la voluntad de Rumbo Sur ni menos que dicho cambio, de haber ocurrido, fuera arbitrario;

Tercero:

Que, en lo que respecta a la acusación de un tratamiento discriminatorio relativo a la suscripción de convenios de pago con Rumbo Sur, los documentos acompañados permiten acreditar: (i) que el Reglamento de uso de los embarcaderos del Muelle Prat permite la suscripción de convenios de pago para los muelles Este y Oeste (fojas 25); (ii) que EPV suscribió con Aglafletur dos convenciones sobre tarifas por el uso del atracadero Este del Muelle Prat durante los años 1999 y 2003 (fojas 131 y 140); y (iii) que con fecha 3 de diciembre de 2012 Rumbo Sur reclamó a EPV que nunca habría sido considerada para efectos de celebrar convenios de pago (fojas 20);

Cuarto:

Que, sin embargo, los antecedentes antes transcritos no permiten acreditar que EPV haya discriminado a Rumbo Sur en lo que respecta a la posibilidad de celebrar convenios de pago;

Quinto:

Que, por otra parte, EPV reconoce en su contestación que ha establecido tarifas diferenciadas en función de si los embarcadores que operan en el Muelle Prat se encuentran o no asociados a la Aglafletur (reconocimiento expreso del demandado a fojas 114). A juicio del demandado, la celebración de un convenio de pago con Aglafletur habría producido “un orden en la operación y uso del Muelle Este, generándose -además- ahorro en la carga administrativa al tener menos horas hombres destinadas al control de ese servicio particular” (fojas 114 y 115);

Sexto:

Que, sin embargo, dicha diferenciación tarifaria no fue formalmente impugnada por el demandante, razón por la cual no procede pronunciarse sobre su conformidad con las disposiciones del D.L. N° 211;

Séptimo:

Que, en lo que respecta a la imputación de cobro de tarifas superiores a las cobradas a otros operadores, pese al acondicionamiento de las naves de Rumbo Sur, los documentos acompañados al proceso permiten dar por acreditado: (i) que la Circular GO/001/2003 establece una tarifa para servicios de transporte particular y turístico en el muelle Oeste de \$1.000 (mil pesos) por cada metro de muelle o frente de atraque ocupado por la nave, por zarpe o recalada (fojas 32 y 33); (ii) que la misma Circular contempla que “se aceptará el acoderamiento de embarcaciones autorizado por la Autoridad Marítima, para lo cual se considerará sólo esa dimensión física para los efectos tarifarios” (fojas 33); (iii) que, con fecha 3 de diciembre de 2012, según consta a fojas 20, Rumbo Sur sostuvo que sus naves se habrían acondicionado para ocupar el ancho del portalón, que no excedería sesenta centímetros, por lo que EPV cobraría tarifas superiores a lo dispuesto en la referida circular; (iv) que EPV, mediante carta de 28 de diciembre de 2012, según consta a fojas 23, sostuvo que la embarcación de propiedad de Rumbo Sur tenía un ancho de tres metros y no de sesenta centímetros; y (v) que, de acuerdo con el Ordinario N° 12.600/216 de la Directemar, de 10 de mayo de 2016, la nave Daddy, matrícula VAL-3751, tiene una eslora de 16,5 metros y una manga de 4,8 metros (fojas 250);

Octavo:

Que los documentos que rolan en el proceso no permiten acreditar que la nave Daddy operada por Rumbo Sur tenga un acoderamiento de sesenta centímetros.

Atendido lo anterior, este Tribunal no puede dar por acreditado que EPV haya cobrado a Rumbo Sur tarifas mayores de las que corresponderían de acuerdo con la Circular GO/001/2003;

Noveno:

Que, por otra parte, Rumbo Sur acusó a EPV de negociar las condiciones de operación del Muelle Prat exclusivamente con Aglafletur. Respecto de esta acusación, la evidencia agregada al proceso no permite dar por acreditadas las imputaciones formuladas por el demandante. Por el contrario, los documentos acompañados a fojas 36 y 37 dan cuenta de que, en al menos una oportunidad, las condiciones de operación del Muelle Prat habrían sido acordadas conjuntamente por EPV, Aglafletur, Rumbo Sur y Empresa Pedro Ruidiaz Romero E.I.R.L.;

Décimo:

Que, en lo que respecta a la imputación de insuficiente regulación de las condiciones de operación del Muelle Prat y de aquiescencia de EPV respecto de condiciones de operación no escrituradas que se traducirían en un tratamiento discriminatorio contrario a la libre competencia, la evidencia acompañada permite dar por acreditado: (i) que las condiciones de operación del Muelle Prat han sido reguladas por EPV mediante la Resolución N° 1, de 13 de enero de 1999, que establece procedimiento de uso del Muelle Prat (acompañada a fojas 25 y 47), las circulares 001/2003, 002/2003 y 003/2003 (acompañadas respectivamente a fojas 32, 60 bis 3 y 34) y la Resolución N° 147 (fojas 45); y (ii) que, adicionalmente, las condiciones de operación del Muelle Prat han sido modificadas por otros documentos, tales como las cartas de EPV de 1 de abril de 2010 (fojas 35) y 12 de enero de 2011, la carta de Agdlaftetur de 19 de marzo de 2012 (fojas 41) y el acuerdo de 3 de abril de 2010 (fojas 36);

Undécimo:

Que los únicos documentos que se refieren a una eventual falta de regulación y de condiciones no escrituradas de operación, aceptadas tácitamente por EPV y que implicarían un tratamiento discriminatorio respecto de Rumbo Sur, corresponden a cartas emanadas del propio demandante (fojas 20, 39 y 54). A juicio de este Tribunal, esos medios de prueba no son suficientemente verosímiles como para formar convicción respecto de los hechos imputados;

Duodécimo:

Que, por último, tampoco existe evidencia en el expediente que permita acreditar que EPV haya discriminado a Rumbo Sur con ocasión del terremoto de 27 de febrero de 2010;

Decimotercero:

Que, por las consideraciones antes expuestas, este Tribunal rechazará la demanda de Rumbo Sur en todas sus partes, por no haberse acreditado los hechos imputados;

Decimocuarto:

Que, a mayor abundamiento, el demandante no explicó cómo las conductas imputadas habrían constituido infracciones a la libre competencia en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211, ya sea a refiriéndose a las hipótesis específicas contempladas en sus literales a), b) y c) del inciso segundo de dicho artículo o a la hipótesis

general contemplada en su inciso primero. El demandante tampoco rindió prueba alguna respecto del mercado relevante en el que dichas conductas habrían incidido ni de los efectos que ellas habrían producido en la libre competencia;

Decimoquinto:

Que, incluso en el evento de haberse acreditado que las conductas imputadas fueron cometidas por EPV y que ellas constituían infracciones al D.L. N° 211, este Tribunal igualmente habría debido acoger la excepción de prescripción deducida por la demandada. Por una parte, la demanda fue notificada el 12 de noviembre de 2015 y, por consiguiente, la acción infraccional relativa a hechos ejecutados con anterioridad al 12 de noviembre de 2012 se encuentra prescrita, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 20 inciso tercero del D.L. N° 211. Y, por otra parte, los hechos denunciados por el demandante, de ser efectivos, habrían acaecido con anterioridad al 12 de noviembre de 2012;

Decimosexto:

Que, finalmente, este Tribunal condenará en costas al demandante, especialmente por su pasividad durante el proceso, la que se manifestó en: (i) una demora de casi seis meses para practicar la notificación de la demanda (fojas 61 y 100), que incluso derivó en el archivo de la causa (fojas 95); (ii) no haber encargado la notificación por cédula de la interlocutoria de prueba, debiendo este Tribunal notificar dicha resolución mediante el estado diario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, inciso segundo, del D.L. N° 211 (fojas 126); (iii) el no ofrecimiento de medios de prueba durante el término probatorio; y (iv) la no comparecencia para fijar la fecha de la vista de la causa, citada mediante resolución de fojas 247.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, inciso segundo; 2°; 3°, inciso primero; 18° N° 1); 22°, inciso final; 26°; y 29° del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005; y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de Rumbo Sur Limitada, con costas.



SENTENCIA 151/2016 (Causa Rol C 293-15)

“Demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. en contra de Masisa S.A. y otra”

Fecha dictación: 16 de junio de 2016.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra, Javier Tapia Canales y Tomás Menchaca Olivares. Acordada con la prevención del Ministro Saavedra.

Demandante: Metalúrgica Silcosil Limitada.

Demandados: Masisa S.A. y Masisa Componentes S.p.A.

Resumen de la controversia: Silcosil acusa a las demandadas de haber ejecutado prácticas anticompetitivas, consistentes en (i) la venta de productos a precios predatorios; (ii) el estrangulamiento de márgenes; (iii) el establecimiento de subsidios cruzados en favor de Masisa Componentes S.p.A.; y (iv) la ejecución de actos de competencia desleal.

Mercado afectado: En su sentencia, el Tribunal determinó que la controversia involucraba dos mercados relevantes: el de la producción y comercialización de tableros de aglomerado melamínico (“aguas arriba”); y aquel relativo al diseño, fabricación y comercialización de muebles listos para armar o “ready to assemble” en base a los mencionados tableros (“aguas abajo”).

Resolución del Tribunal: Se rechazó la demanda, sin costas, por estimar que los demandados carecían de una posición de dominio en los mercados relevantes, de modo que no pudieron haber cometido los abusos de posición dominante imputados en la demanda.

Recursos: Sin reclamación pendiente.

Temas que trata: Competencia desleal; prácticas predatorias; posición de dominio; integración vertical; subsidios cruzados; poder de mercado; insumo esencial; estrangulamiento de márgenes.

Santiago, dieciséis de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1.1. A fojas 88, con fecha 13 de marzo de 2015, Metalúrgica Silcosil Limitada (en adelante indistintamente, “Silcosil”) interpuso una demanda en contra de Masisa S.A. (en adelante indistintamente, “Masisa”) y Masisa Componentes SpA (en adelante indistintamente, “Componentes”), imputándoles haber infringido el artículo 3° inciso primero y sus letras b) y c) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “D.L. N° 211”). En específico, la demandante sostiene que las demandadas habrían incurrido en las siguientes prácticas anticompetitivas: (i) Componentes habría vendido a precios predatorios; (ii) Masisa habría estrangulado de márgenes y efectuado subsidios cruzados; y (iii) Componentes habría cometido un acto de competencia desleal al copiar los productos de Silcosil. A juicio de la actora, estas prácticas consolidarían la reputación predatoria de las demandadas lo que inhibiría a otras empresas de desafiar su posición en el mercado, dañando no sólo a la demandante sino que, también, a los competidores, distribuidores y consumidores.

1.2. En primer término, la actora realiza una descripción del mercado relevante en el cual se habrían cometido las prácticas anticompetitivas que denuncia, señalando que éste correspondería al del “diseño, fabricación y comercialización de muebles RTA a base de tableros de aglomerado melamínico” el cual, desde el punto de vista geográfico, abarcaría todo el territorio nacional. Agrega que dicho mercado estaría estrechamente vinculado con el de la “producción y comercialización de tableros de aglomerado melamínico, en el territorio nacional”.

1.3. Explica que los muebles RTA -Ready to Assemble- buscarían satisfacer necesidades mobiliarias de bajo costo. Así, destaca que estos muebles se fabrican con tableros de aglomerado melamínico, los que serían su insumo esencial y cuyo precio representaría alrededor del 80% de su costo. Añade que la modalidad RTA permitiría que el cliente final arme y ensamble el mueble, a la vez que reduce sus costos de transporte, embalaje y ensamblaje. Expone que el canal distribución sería principalmente a través de las empresas de retail.

1.4. La demandante afirma que en el mercado del diseño, fabricación y comercialización de muebles RTA competirían varias empresas, entre las que se encuentran la propia Silcosil y Componentes.

1.5. En relación con las barreras de entrada existentes en el mercado relevante, la actora sostiene que ellas serían considerables y que estarían constituidas por la inversión de capital, las economías de escala, los costos de transporte y el tiempo necesario para adquirir muebles directamente vía importaciones. Agrega que el acceso y disponibilidad de tableros de aglomerado melamínico obstaculizaría el ingreso al mercado, cuya producción en Chile estaría concentrada en Masisa.

1.6. Silcosil hace presente que las demandadas estarían integradas verticalmente y que gracias a ello habrían podido ejecutar las conductas anti-

competitivas que les atribuye. De esta manera, indica que Masisa tendría una posición dominante en el mercado de tableros de aglomerado melamínico, que le permitiría desenvolverse con independencia en el mercado de los tableros y, con ello, aumentar su precio; a la vez que Componentes vendería muebles RTA a precios bajo los costos, subsidiada por Masisa. Esta posición dominante de Masisa se evidenciaría, entre otras razones, por su alta participación de mercado –que sería superior al 50%–, el carácter concentrado del mercado, la existencia de barreras de entrada y el hecho que los productores nacionales de tableros de aglomerado melamínico estén integrados verticalmente con las empresas forestales.

1.7. En cuanto a las conductas denunciadas Silcosil señala, en primer lugar, que Componentes habría vendido a precios predatorios muebles RTA a base de tableros de aglomerado melamínico. En efecto, la demandante sostiene que desde el ingreso de Componentes al mercado –el año 2011– ella habría registrado pérdidas, teniendo resultados y un patrimonio crecientemente negativo mientras que sus ingresos ordinarios habrían aumentado. Agrega que Componentes habría vendido sus productos por debajo de su costo medio variable y que todo lo anterior habría ocurrido durante los años 2011 a 2014. En cuanto al objetivo de la venta bajo el costo medio variable, la actora señala que la sola reiteración sistemática en el tiempo daría cuenta de la actitud predatoria de Componentes. Sin perjuicio de ello añade que, producto de que las ventas de Componentes serían alrededor de un 30% más baratas que las de Silcosil, aquella ya habría logrado desviar la clientela de ésta.

1.8. Indica que Componentes ha podido soportar pérdidas por su política de venta bajo costos porque Masisa la estaría solventando y que sería irrelevante el hecho que Componentes no tenga actualmente una posición dominante en el mercado de los muebles RTA, según lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 3449-06. En cuanto a la posibilidad de recuperación de las pérdidas por parte de Componentes, a juicio de Silcosil ésta no sólo se realizaría mediante el cobro de precios monopólicos sino que también mediante la consolidación de una reputación de agente depredador, lo que dañaría a todos los agentes del mercado, a la vez que fortalecería el poder de Masisa en el mercado de tableros.

1.9. En segundo lugar, afirma que Masisa habría incurrido en una práctica de estrangulamiento de márgenes. Esta conducta se habría materializado mediante el incremento sostenido del precio de los tableros de aglomerado melamínico, mientras que Componentes habría vendido sus productos –muebles RTA en base a estos tableros– por debajo de sus costos, dejando a Silcosil sin la posibilidad de obtener un margen que le permita seguir compitiendo en el mercado. Esta estrategia habría llevado a Silcosil a buscar otro proveedor de tableros, reemplazando los tableros de Masisa por productos importados, lo que disminuiría significativamente su competitividad, atendidos los costos de transporte y los tiempos involucrados en la importación. Además, Silcosil argumenta que, en todo caso, los tableros no serían sustituibles entre sí.

1.10. Agrega que la conducta de estrangulamiento de márgenes no solo afectaría la comercialización de muebles RTA a base de tableros de aglome-

rado melamínico sino que también afectaría el mercado de tales tableros, ya que el poder de compra que alcanzaría Componentes consolidaría la posición dominante de Masisa aguas arriba.

1.11. En tercer lugar, la demandante sostiene que Masisa, producto de su capacidad financiera, habría incurrido en subsidios cruzados en favor de Componentes, permitiendo la ejecución de las conductas previamente descritas. Indica que la práctica de subsidios cruzados sería utilizada como una herramienta anticompetitiva ya que tendría por objeto que Componentes alcance una posición dominante en el mercado de los muebles RTA. Añade que esta práctica habría sido reconocida como anticompetitiva por este Tribunal cuando la empresa que se encuentra aguas abajo tiene la capacidad de cobrar precios inferiores a su costo, aprovechando las ventajas que le otorga su matriz. Añade que el Tribunal también habría indicado que la integración vertical puede generar riesgos anticompetitivos de subsidios cruzados y de acceso a información estratégica de competidores, lo que aumentaría la probabilidad de ejecutar prácticas anticompetitivas (Resolución N°37/2011, Sentencia N°78/2008, Informe N°5/2009).

1.12. Finalmente, Silcosil expone que Componentes habría incurrido en prácticas de competencia desleal al copiar sus productos con el objeto de desviar la clientela de la demandante. Explica que Masisa habría tenido acceso a todos los diseños que la demandante habría desarrollado debido a que fue su principal proveedor de tableros y, en tal calidad, habría participado en reuniones con los distribuidores del retail. Continúa exponiendo que Componentes ingresó al mercado vendiendo muebles idénticos a los diseñados por Silcosil abusando, con ello, de la información industrial que Masisa tenía de ésta empresa. Con esto y considerando que vendía los muebles a precios predatorios, Componentes habría logrado quitar a Silcosil un importante cliente: Easy.

1.13. Silcosil precisa que se configuraría un acto de competencia desleal sancionado por el D.L. N° 211, ya que las demandadas habrían desplegado una conducta contraria a la buena fe, a través de medios ilegítimos, con el objeto y efecto de desviar clientela y, además, cobrando precios bajo el costo.

1.14. A juicio de Silcosil, las conductas previamente descritas habrían causado efectos anticompetitivos en el mercado de los muebles RTA, particularmente coartando el derecho a competir en dicho mercado e inhibiendo el ingreso de potenciales competidores al mismo. Explica que los productores de muebles RTA se han visto afectados. La demandante habría sido desplazada como proveedor de muebles RTA del distribuidor Easy. Agrega que ella ha dejado de percibir más de \$2.880.000.000 pesos sólo considerando la disminución de márgenes producida con ocasión de las conductas denunciadas. Además, habría perdido \$5.754.000.000 pesos por ventas no realizadas a causa de las prácticas anticompetitivas de las demandadas, tendría un sobre stock del inventario, pérdidas de eficiencias y sufriría el debilitamiento de su marca. Añade que las conductas de las demandadas afectarían a los demás competidores del mercado y obstaculizarían la potencial entrada de nuevos competidores.

1.15. En relación con el canal de distribución y los clientes finales de los muebles RTA, sostiene que podrían verse beneficiados en el corto plazo por los precios bajo costo a los que Componentes ofrecería sus productos. Sin embargo, una vez eliminado el resto de los oferentes, la empresa podría recuperar sus pérdidas mediante el cobro de precios superiores a los que habría en una situación de competencia y los distribuidores y clientes no tendrían acceso a la variedad de productos que existen en un escenario con multiplicidad de oferentes.

1.16. Atendido lo expuesto, el demandante solicita a este Tribunal:

(i) Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3° inciso primero y letras b) y c) del D. L. N° 211 al incurrir en conductas de precios predatorios, estrangulamiento de márgenes, subsidios cruzados; y al competir deslealmente al vender productos copiados a Silcosil;

(ii) Ordenar el cese inmediato de las conductas anticompetitivas antes descritas y disponer su prohibición absoluta hacia el futuro;

(iii) Sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 Unidades Tributarias Anuales; y,

(iv) Condenar a las demandadas al pago de las costas.

1.17. Fundamenta la cuantía de la multa solicitada en: (i) el beneficio económico obtenido por Componentes al haber triplicado sus ingresos durante los años 2011 a 2014 y logrado posicionarse en el mercado; (ii) la cantidad de conductas anticompetitivas que habrían ejecutado las demandadas; (iii) la gravedad de las conductas desplegadas, en cuanto habrían afectado a todos los agentes que participan en el mercado de los muebles RTA, destacando que las demandadas tendrían pleno conocimiento de la naturaleza anticompetitiva de sus conductas; y, (iv) la supuesta calidad de reincidente de las demandadas, las que habrían sido sancionadas en otras jurisdicciones.

2. A fojas 176 y 205, el 22 de abril de 2015, Componentes y Masisa contestaron la demanda de Silcosil, respectivamente, solicitando su rechazo en todas sus partes, con expresa condenación en costas, por las siguientes consideraciones:

2.1. Señalan que el verdadero contexto de la demanda de autos sería distinto al esbozado por la actora. Así, sostienen que los ingresos por tableros melamínicos para muebles representarían alrededor de un 1,56% de los ingresos totales de Masisa, por lo que serían marginales. Aclaran que el mercado de los tableros melamínicos sería altamente competitivo debido al rol disciplinador que las importaciones cumplen -ya que éstas serían sustitutos del tablero nacional- y a la creciente participación de Arauco. Adicionalmente, señalan que Componentes lleva sólo tres años en operación, lo que justificaría sus pérdidas, y que su participación en el mercado de muebles RTA sería muy pequeña, alrededor de un 2%, en circunstancias que Silcosil sería la mayor productora nacional. Añaden que el mercado de muebles RTA sería

atomizado y que, al igual que con los tableros de aglomerado melamínico, las importaciones de muebles RTA cumplirían un importante rol. Es así que el 60% del total de muebles RTA comercializados en Chile sería importado y éstos tendrían precios menores que los que ofrecen los productores nacionales, además de ser entregados en plazos acotados. Resaltan la función que cumplen los retailers, quienes importan directamente muebles RTA y que fijan el precio de los muebles RTA nacionales en base al importado. Finalmente, explican que si Componentes destinara toda la capacidad de producción de su planta a la producción de muebles RTA, su participación no superaría el 4% y tampoco podría satisfacer la oferta de tableros melamínicos de Masisa.

2.2. De lo anterior concluyen que las demandadas no habrían incurrido ni tendrían los incentivos para llevar a cabo las prácticas de estrangulamiento de márgenes y precios predatorios que les imputan.

2.3. En relación con la imputación de que Componentes habría incurrido en una conducta de precios predatorios, ambas demandadas lo niegan. En primer lugar, alegan que Componentes no tendría una posición dominante en el mercado de la comercialización de muebles RTA, ya que tendría desde su ingreso sólo dos clientes, alcanzando una participación de 2%. Añaden que existiría un alto poder de compra, ya que dos cadenas de retailers representarían aproximadamente el 90% del mercado las que, a su vez, serían las que fijan el precio al cual los proveedores pueden comercializar los muebles RTA. Este precio sería fijado en base a los muebles RTA que ellas importan, los que tendrían un bajo precio atendido lo competitivo del mercado.

2.4. En segundo término, las demandadas señalan que la política comercial de Componentes sería que sus ingresos se encuentren por sobre sus costos medios variables, por lo que no habría infracción de precios predatorios, ya que el estándar para sancionar tal conducta consideraría los costos evitables o costos variables medios como elemento para darla por configurada. Justifican las pérdidas de Componentes en que éstas no se relacionarían necesariamente con los costos medios variables y que las pérdidas serían algo normal en las empresas que ingresan a un mercado.

2.5. Finalmente, sostienen que no podrían incurrir en una conducta de precios predatorios, ya que les sería imposible recuperar las pérdidas en que incurrirían al vender sus productos bajo el costo de producirlos. Lo anterior dado que, tal como se señaló previamente, los precios de los muebles RTA serían fijados por el canal de distribución, a saber los retailers, y además porque la capacidad de la planta de Componentes no le permitiría satisfacer toda la demanda, ya que, de utilizar dicha planta a su máxima capacidad, Componentes solo podría alcanzar un 4% del total del mercado nacional de muebles RTA.

2.6. En lo relativo a la conducta de estrangulamiento de márgenes que Silcosil imputa a Masisa, las demandadas afirman que Masisa no tendría una posición dominante en el mercado de la comercialización de tableros melamínicos, por lo cual no estaría en condiciones de fijar sus precios con independencia. Fundan la falta de posición dominante, en primer término, en que las importaciones disciplinarían los precios que Masisa u otro competi-

dor pudiera cobrar por los tableros en cuestión. En apoyo de esta afirmación señalan que la propia actora –en un proceso de dumping ante la Comisión Nacional de Distorsiones– habría reconocido que el tablero melamínico importado y el nacional se empleaban en los mismos usos y funciones. En segundo término, sostienen que Arauco habría aumentado considerablemente su participación en el mercado, lo que habría gatillado una reducción en la participación de Masisa en un 20% aproximadamente. Añaden que Masisa no discriminaría entre Silcosil y Componentes y que, de hecho, habría cobrado precios más beneficiosos a Silcosil en varias oportunidades. También sostienen que, atendido el bajo porcentaje que representan para Masisa los ingresos por venta de tableros, ésta no tendría incentivos para ejecutar una conducta de estrangulamiento de márgenes.

2.7. Tratándose de la conducta de subsidios cruzados, las demandadas indican que sería irrelevante determinar la existencia de éstos en un mercado desregulado. Sostienen que los subsidios cruzados no serían una práctica ilícita en sí misma, lo cual habría sido reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal en la Resolución N° 37/2011 y en las Sentencias Nos 9/2004 y 78/2008. Adicionalmente, afirman que la política comercial de Masisa sería instar a que sus filiales obtengan sus propias utilidades.

2.8. En relación con la cuarta conducta anticompetitiva imputada, esto es, la competencia desleal relativa a la copia de muebles diseñados por Silcosil, las demandadas solicitan que ésta sea rechazada. En particular, afirman que los muebles RTA que Componentes comercializa serían fabricados a pedido de los clientes –los retailers–. En particular, tratándose de los muebles que alegan haber sido copiados, señalan que Easy los habría solicitado a medida, limitándose Componentes a ser un fabricante de un mueble estándar. En este sentido, recalcan que una vez entregados los muebles al retailer éste los vende bajo su marca propia.

2.9. En opinión de las demandadas, los muebles RTA no estarían sujetos a protección de propiedad intelectual o industrial, lo cual incluso habría sido reconocido por la actora en su demanda al señalar que dichos muebles se caracterizan por su diseño simple, práctico y porque carecerían de valor estético y decorativo. Continúan señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, esta imputación debe ser desechada. Así, explican que no se cumplirían los requisitos establecidos en la Sentencia N°60/2007 de este Tribunal, esto es: (i) que el producto esté sujeto a registro marcario; (ii) que la conducta corresponda a una imitación y aprovechamiento de prestigio ajeno; y, (iii) que el producto goce de notoriedad o fama.

2.10. Adicionalmente, explican que no se cumpliría con los requisitos necesarios para condenar una conducta de competencia desleal en esta sede, esto es, que las demandadas gocen de una posición de dominio o que haya tenido por objeto mantenerla, incrementarla o alcanzarla.

2.11. Por último, las demandadas también objetan la cuantía de las multas solicitadas por Silcosil. Señalan que, si bien toda imposición de multas debería ser desechada, las multas solicitadas serían: (i) desproporcionadas,

atendido que Componentes no habría recibido un beneficio económico y que no existiría la reincidencia que Silcosil alega; y (ii) improcedentes, ya que la actora solicitó que se sancione a cada una de las demandadas con el pago de una multa de 20.000 UTA, en circunstancias que la acción de autos habría sido dirigida en contra de Componentes y Masisa como si fueran una misma entidad, por lo que su solicitud podría infringir el principio del non bis in idem.

3. El Tribunal recibió la causa a prueba mediante resolución de fecha 2 de junio de 2015, que rola a fojas 268, la que fijó los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

“1. Estructura, características y funcionamiento del mercado de fabricación y comercialización de tableros de aglomerado melamínico, y del mercado de diseño, fabricación y comercialización de muebles RTA. Evolución de las participaciones de las demandadas en los mismos. Relevancia de las importaciones en ambos mercados, y de los canales de distribución de los muebles RTA en la formación de sus precios;

2. Efectividad de que Masisa Componentes SpA comercialice o haya comercializado muebles RTA a precios inferiores a sus costos relevantes. Época, circunstancias, justificación económica y efectos en la competencia;

3. Evolución de los precios cobrados por Masisa S.A. por tableros de aglomerado melamínico a sus relacionadas y a terceros, en el periodo comprendido entre 2011 y la fecha de interposición de la demanda, y relación con sus costos relevantes. Efectos en la competencia;

4. Efectividad de que Masisa Componentes SpA haya copiado productos de la demandante con el objeto de desviar clientela. En la afirmativa, época, circunstancias y justificación de dicha conducta. Aptitud de la misma para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

4. Documentos acompañados por las partes:

4.1. Silcosil acompañó al proceso los siguientes documentos: (a) a fojas 88: (i) copia de la Resolución SPPLC/0033-2006 de la Superintendencia de Libre Competencia de Venezuela; y, (ii) copia de la Resolución N° 939 de la Secretaria de Comunidad Andina; (b) a fojas 478: (i) copia de correo electrónico de Cencosud S.A. a Silcosil; y, (ii) copia de correo electrónico de Masisa a Silcosil; (c) a fojas 485: copia de las Memorias Anuales de Masisa correspondientes a los años 2011 a 2014; (d) a fojas 502: muestras de tableros de Masisa, de Arauco, catálogo impreso de tableros de Egger, y CD-ROM con catálogo de Imperial; (e) a fojas 524: copia del recurso de reposición presentado por Silcosil en contra de la resolución de archivo de la Investigación FNE N° 2300-14; (f) a fojas 598: (i) instructivo de armado de muebles; y, (ii) planos de muebles; (g) a fojas 1020: acta notarial levantada por notario público Luis Valencia Gumucio; y, (h) a fojas 1589: diez impresiones de muestras de muebles RTA comercializados en Easy y Sodimac.

4.2. Masisa acompañó al proceso los siguientes documentos: (a) a fojas 372: (i) copia del Acuerdo Comercial RTA celebrado con Silcosil del año 2010; (ii) copia del Acuerdo Comercial RTA supuestamente celebrado con Silcosil del año 2013; (iii) cincuenta y siete notas de crédito de Masisa a Silcosil.

4.3. A fojas 387 Componentes acompañó los siguientes documentos explicativos de su proceso de registro SAP.

4.4. Masisa y Componentes acompañaron al proceso los siguientes documentos: (a) a fojas 450: (i) resolución de archivo de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica N° 2300-14 (en adelante "Fiscalía o FNE" ; y, (ii) informe de archivo de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica N° 2300-14; (b) a fojas 655: siete notas de crédito de Masisa y Componentes a Silcosil; (c) a fojas 1469: (i) copia de la declaración prestada por Silcosil ante la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas; y, (ii) copia de la declaración prestada por Arauco Distribución S.A. (en adelante indistintamente "Arauco") ante la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas;

5. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

5.1. Silcosil presentó, a fojas 1020, el informe en diseño elaborado por Ramón Merino F. Asimismo, a fojas 1196 presentó el informe técnico-económico denominado "Análisis sobre conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de tableros melamínicos y de muebles RTA", de la Srta. María Valentina Konow V. y el Sr. José Ignacio Battle L., de F&K Consultores.

5.2. Masisa y Componentes presentaron, a fojas 753, el informe denominado "Análisis de las conductas de precios predatorios y estrangulamiento de márgenes en la demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. contra Masisa S.A. y otra", del Sr. Rodrigo Harrison V., el que fue complementado a fojas 1569 mediante el informe denominado "Análisis económico complementario sobre la demanda de Metalúrgica Silcosil Ltda. contra Masisa S.A. y Masisa Componentes SpA", del mismo informante. Asimismo, a fojas 1514, presentaron el informe técnico "Informe técnico sobre tableros de melanina y muebles RTA", elaborado por la Sra. Sandra Cárdenas Navarrete.

6. Exhibiciones de documentos:

6.1. A fojas 271, Componentes exhibió los siguientes documentos: (i) "Libros de Ventas" para el período comprendido entre enero de 2012 y abril de 2015; (ii) facturas de ventas y notas de crédito emitidas por Componentes, referidos al período comprendido entre los años 2011 y abril de 2015; (iii) facturas de compra y notas de crédito emitidas por terceros a Componentes, referidos al período comprendido entre los años 2011 y abril de 2015; (iv) un CD-Rom denominado "Documentos Reservados Masisa Componentes SpA", que incluye un archivo Excel denominado "Tabla Componentes" y otro denominado "Costos de Compra e Insumos"; (v) "Libros de Compras" para el período comprendido entre el año 2012 y abril de 2015; (vi) facturas y órdenes de compra emitidas por Componentes, referidos al período comprendido entre 2011 y abril de 2015; (vii) facturas de ventas emitidas por terceros a Componentes, referidos al período comprendido entre 2011 y abril de 2015; (viii) copias de sus declaraciones de IVA de los años tributarios 2011, 2012, 2013 y 2014.

6.2. A fojas 271, Masisa exhibió los siguientes archivos Excel, contenidos en un disco compacto denominado "Documentos Confidenciales Masisa S.A.": (i) "Base Confidencial (Puntos 1, 2, 4 y 6)"; (ii) "Base Confidencial - Costos (Punto 5)"; y, (iii) "Base Confidencial - Rebates (Punto 6)".

6.3. A fojas 795 y 955, Masisa y Componentes exhibieron los siguientes documentos: (i) disco compacto con información relativa a ventas mensuales por muebles y cliente, indicando precio unitario y las unidades vendidas, realizadas por Componentes a Easy y Rosen; y, (ii) disco compacto con información relativa a márgenes por producto y cliente, y composición del costo de producción de los distintos muebles, realizadas por Componentes a Easy y Rosen.

6.4. A fojas 803, Distribuidora de Industrias Nacionales S.A. informó sobre una única compra de cien muebles RTA a Componentes, por \$26.660.000, en abril de 2014, de la cual no constarían respaldos.

6.5. A fojas 899 y 902, Easy S.A. y Cencosud S.A. exhibieron un correo electrónico de fecha 17 de octubre de 2012 enviado por Andrés Martorell Hidalgo a varios destinatarios (principalmente, ejecutivos de Easy a lo largo del país), asunto: Silcosil / Masisa.

6.6. A fojas 911, 918, 1201 y 1211, Colchones Rosen S.A.I.C. exhibió los siguientes documentos: (i) un archivo Excel denominado "Documento Masisa 20112015 (1)_HT_21_Julio_2015", contenido en un dispositivo de almacenamiento externo; (ii) documento que indica sus ingresos anuales por ventas de muebles RTA y la cantidad de unidades vendidas de muebles RTA por ella.

6.7. A fojas 981, Imperial S.A. exhibió un documento que contiene los siguientes títulos: "1. Registro de volumen total de compras de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas"; "2. Registro de ingresos totales por venta de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas"; y, "3. Registro de unidades vendidas de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas".

6.8. A fojas 981, Sodimac S.A. exhibió: (i) un documento que contiene los siguientes títulos: "1. Registro de volumen total de compras de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas"; "2. Registro de ingresos totales por venta de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indica-

ción del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas"; y, "3. Registro de unidades vendidas de tableros melamínicos a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a tableros importados y a tableros de fabricación nacional e incluyendo ventas y compras a terceros y a personas relacionadas"; y, (ii) un documento que contiene los siguientes títulos: "1.

Registro de ingresos por ventas de muebles Ready to Assemble (RTA) a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a muebles importados y a muebles de fabricación nacional"; y, "2. Registro de unidades vendidas de muebles Ready to Assemble (RTA) a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a muebles importados y a muebles de fabricación nacional".

6.9. A fojas 981, Falabella Retail S.A. exhibió un documento que contiene los siguientes títulos: "1. Registro de ingresos por ventas de muebles Ready to Assemble (RTA) a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a muebles importados y a muebles de fabricación nacional"; y, "2. Registro de unidades vendidas de muebles Ready to Assemble (RTA) a nivel agregado anual para los años 2011 y siguientes, con indicación del porcentaje que corresponde a muebles importados y a muebles de fabricación nacional".

6.10. A fojas 981, Sociedad Comercializadora S.A. (Hites) exhibió un documento que incluye una tabla que, a su vez, contiene las "Unidades Vendidas Muebles RTA", "Ingresos Anuales por Ventas Muebles RTA", "Porcentaje Nacional" y "Porcentaje Importados", para los años 2011, 2012, 2013 y 2014.

6.11. A fojas 981, Walmart Chile S.A. exhibió un documento que contiene cuatro tablas denominadas "Ingresos por venta de muebles RTA (ready to assemble) Ventas netas sin IVA en pesos", "Ingresos por ventas de muebles RTA (ready to assemble)", "Unidades de muebles RTA (ready to assemble)" y "Unidades de muebles RTA (ready to assemble)".

6.12. A fojas 1133, 1211 y 1443, Easy S.A. exhibió los siguientes documentos: (i) un listado con las órdenes de compra de Easy S.A. respecto de muebles RTA de Componentes; (ii) un documento que contiene una tabla que detalla las compras realizadas por Easy S.A. de muebles RTA a Componentes, indicando el mes en que se realizaron las compras y la suma del importe de ellas; (iii) un documento denominado "Formulario Condiciones Ofrecidas: Acuerdo Comercial entre Easy S.A. y Proveedores"; (iv) un documento denominado "Formulario Condiciones Ofrecidas: Cencosud - División Easy S.A."; (v) un documento que contiene dos tablas, una respecto a los muebles de fabricación nacional y otro de muebles importados, que indican tanto los ingresos anuales de Easy S.A., como la cantidad de unidades vendidas, para los años 2011 a 2015; (vi) los listados correspondientes a los años 2012 a 2015, que contienen información proveniente del sistema informático SAP sobre la fecha en que las mercaderías de Componentes ingresaron a sus locales o centros de despacho, es decir la fecha en que acusa recibo de las mercaderías.

-
- 7.** Percepciones documentales:
- 7.1.** A fojas 1114 se realizó la audiencia de percepción documental de los archivos presentados por Silcosil sobre videos de armado de muebles RTA, acompañados a fojas 1020.
- 8.** Expedientes traídos a la vista:
- 8.1.** A fojas 542 se trajo a la vista el expediente substanciado ante este Tribunal bajo el rol contencioso N° 290-14, caratulado “Medida prejudicial preparatoria solicitada por Metalúrgica Silcosil Ltda. respecto de Masisa Componentes SpA”.
- 9.** Prueba testimonial rendida por las partes:
- 9.1.** Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Silcosil: (i) a fojas 510, el Sr. Sebastián Pecci; (ii) a fojas 608, el Sr. Luis Cornejo Castro; (iii) a fojas 1027, el Sr. Orlando San Martín Aguilera; y, (iv) a fojas 1285, la Srta. María Valentina Konow Vial.
- 9.2.** Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Masisa y Componentes: (i) a fojas 677, el Sr. Ricardo Meyer Casanova; (ii) a fojas 1118, el Sr. Paulo Oyanedel Soto; y, (iii) a fojas 1121, el Sr. Rodrigo Harrison Vergara.
- 10.** Prueba confesional rendida por las partes:
- 10.1.** A solicitud de Silcosil, absolvió posiciones el señor Marcos Campos Bicudo, a fojas 1011, en representación de Masisa.
- 11.** Oficios y presentaciones de autoridades públicas:
- 11.1.** A fojas 251 y 255 la Fiscalía Nacional Económica acompañó el Expediente de Investigación N° 2300-14.
- 11.2.** A fojas 961 rola el oficio ordinario N° 7822 del Servicio Nacional de Aduanas, de 21 de julio de 2015, que aporta información relativa a los volúmenes importados de las partidas arancelarias 4410 y 9403, de los años 2011 a 2015.
- 12.** Observaciones a la prueba:
- 12.1.** A fojas 1.622 rolan las observaciones a la prueba presentadas por Silcosil.
- 12.2.** A fojas 1.840 rolan las observaciones a la prueba presentadas por Masisa y Componentes.
- 13.** A fojas 1.452, el 21 de octubre de 2015, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.
- 14.** La vista de la causa se efectuó en la audiencia del 10 de diciembre de 2015, según consta en el certificado que rola a fojas 2004.

Y CONSIDERANDO:**Primero:**

Que, como se ha señalado, el 13 de marzo de 2015, Silcosil demandó en esta sede a Masisa y Componentes porque, en su concepto, estas últimas habrían incurrido en una serie de actos que impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia en el mercado del diseño, fabricación y comercialización de muebles RTA en base a tableros de aglomerado melamínico. En particular, la demandante sostiene que las demandadas habrían ejecutado las siguientes conductas contrarias a libre competencia: (i) en primer término, Componentes habría vendido sus muebles RTA a precios predatorios -bajo su costo medio variable- durante los años 2011 a 2014; (ii) enseguida, imputa a Masisa haber incurrido en una conducta de estrangulamiento de márgenes al incrementar sostenidamente los precios de los tableros de aglomerado melamínico, discriminando en favor de su relacionada Componentes; (iii) en tercer lugar, señala que Masisa habría infringido la libre competencia al establecer subsidios cruzados en favor de su relacionada Componentes, lo que habría permitido a esta última vender bajo los costos; y (iv) por último, Componentes habría ejecutado actos de competencia desleal consistentes en copiar los muebles RTA que Silcosil vendía a Easy, lo que habría sido posible gracias a la información que tenía Masisa sobre esos diseños en su carácter de antiguo proveedor de la demandante;

Segundo:

Que, al contestar la demanda de autos, Masisa y Componentes solicitan su total rechazo, con costas, pues argumentan que no han cometido conducta alguna que pueda ser calificada como contraria a la libre competencia. En concreto, sobre la primera acusación, esto es, que Componentes haya vendido sus muebles a precios predatorios, señalan que dicha empresa sólo tiene un 2% de participación en el mercado de muebles RTA y, por lo tanto, no tiene posición dominante en el mercado relevante ni tampoco podría llegar a tenerlo por el rol disciplinador que tienen las importaciones. Indican que los precios de los muebles RTA los fijan las empresas de retail de acuerdo con el valor de los bienes importados; que Componentes no tendría capacidad para recuperar las pérdidas; y, en todo caso, que su política comercial es que los precios se fijen sobre el costo medio variable. En cuanto a la acusación de estrangular los márgenes de Silcosil, las demandadas exponen que Masisa no tendría una posición dominante en el mercado de tableros de aglomerado melamínico, tanto por las importaciones como por la creciente participación de Arauco en el mismo. Además, señalan que Masisa no discriminaría entre Silcosil y Componentes, vendiéndole incluso más barato este insumo a la primera. Por otra parte, en lo que se refiere a los subsidios cruzados, indican que no es una práctica anticompetitiva en sí misma y que, además, la política de Masisa es que sus filiales obtengan sus propias utilidades. Por último, expresan que no han cometido ningún acto de competencia desleal y que se han limitado a diseñar y fabricar los muebles que les ha solicitado un cliente, Easy, y que los productos de Silcosil no están protegidos con privilegios industriales u otros derechos;

Tercero:

Que, como se ha dicho, este conjunto de conductas denunciadas en autos constituirían, según la demandante, una grave infracción al D.L. N° 211, en particular a lo dispuesto en las letras b) y c) del artículo tercero, las que prohíben, por una parte, la explotación abusiva de una posición dominante y, por otra, las prácticas preda-

torias o de competencia desleal cometidas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar dicha posición, la que detentarían las demandadas en los mercados que estarían afectados en estos autos, esto es, tanto en el de diseño, fabricación y comercialización de muebles RTA como en el de fabricación y comercialización del insumo principal de ellos, esto es, los tableros de aglomerado melamínico;

Cuarto:

Que, para que las conductas reprochadas por la actora puedan ser sancionadas por este Tribunal, es necesario que, junto con acreditar las condiciones y requisitos establecidos para su procedencia, se pruebe que quien las ha cometido haya tenido una posición de dominio en el mercado relevante o las haya ejecutado con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar dicha posición;

Quinto:

Que, en este orden de ideas, corresponde determinar, en primer término, cuál o cuáles son los mercados relevantes, la participación que le cabe a las demandadas en ellos y cuáles son sus condiciones de entrada;

Sexto:

Que no existe controversia en autos en cuanto a que el mercado en el que se desarrolla la presente contienda es aquel relativo al diseño, fabricación y comercialización de muebles listos para armar o “ready to assemble” (en adelante, “muebles RTA”) en base de tableros de aglomerado melamínico. Como se puede apreciar, aguas arriba se encuentra el mercado de producción y comercialización de los tableros de aglomerado melamínico, que es el principal insumo de los muebles RTA;

Séptimo:

Que, en cuanto a la dimensión geográfica de los mercados anteriormente definidos, las partes de este juicio están contestes en que está circunscrito al territorio nacional;

Octavo:

Que, una vez determinados los mercados relacionados al presente juicio, corresponde analizar la prueba rendida en autos para determinar la posición de las demandadas en ellos y, en caso de tener dominancia en los respectivos mercados, si se configuran las conductas que imputa Silcosil a las demandadas. Para estos efectos resulta conveniente considerar de manera separada las conductas imputadas en la demanda;

Noveno:

Que, por una parte, las imputaciones de prácticas predatorias y de competencia desleal, enmarcadas en la letra c) del artículo 3° del D.L. N° 211, requieren que Componentes tenga una posición de dominio en el mercado aguas abajo de los muebles RTA o que le sea posible alcanzar, mantener o incrementar dicha posición a través de la conducta abusiva de que se trate. El estrangulamiento de márgenes –enmarcado en la letra b) de la citada disposición– requiere, en cambio, que una firma verticalmente integrada detente una posición dominante en el mercado aguas arriba y tenga, además, algún grado de poder de mercado aguas abajo o lo adquiera producto del estrangulamiento. Finalmente, y sin perjuicio de que su existencia pueda ser útil como parte del análisis de otras conductas, la imputación de subsidios cruzados no constituye en sí misma una conducta atentatoria contra la libre competencia, por lo que no será analizada como tal;

Décimo:

Que, por consiguiente, en cuanto a las imputaciones de la demandante de conductas de precios predatorios y de competencia desleal cometidas por las demandadas, es necesario analizar, en primer término, la posición que detenta Componentes en el mercado aguas abajo;

Undécimo:

Que de acuerdo con lo expresado por la actora en su demanda, por las demandas en sus respectivas contestaciones y por los testigos Sres. Pablo Oyanedel Soto -funcionario de la Fiscalía cuya transcripción rola a fojas 1261 y siguientes- y Ricardo Meyer Casanova -gerente de planta de Componentes cuya transcripción rola a fojas 771 y siguientes-, se puede concluir que los muebles RTA son productos de bajo costo y, en general, de baja diferenciación. Su principal insumo de producción es el tablero de aglomerado melamínico. En este mercado participan la demandante Silcosil, la demandada Componentes y otras empresas productoras nacionales, las que compiten, además, con muebles RTA importados. Las importaciones son hechas en forma directa por las empresas minoristas y también por empresas importadoras intermediarias, las que en algunos casos son, además, empresas productoras. Se debe tener presente que existen muebles RTA que no pertenecen al mercado recién descrito por cuanto no están fabricados a partir de tableros de aglomerado melamínico como, por ejemplo, los fabricados con vidrio, plástico o tableros pintados, entre otros;

Duodécimo:

Que, en cuanto a una eventual posición de dominio de Componentes en este mercado, el primer elemento que se debe analizar son las participaciones de mercado, lo que no es posible de realizar con precisión de acuerdo con los antecedentes del proceso toda vez que la información de importaciones de los muebles RTA no está suficientemente desagregada en relación a sus distintos materiales de fabricación. Además, al no existir claridad acerca de la proporción de las importaciones en el mercado de los muebles RTA, tampoco es posible estimar la participación de mercado de los agentes económicos a partir de las cuotas de mercado de los productores nacionales. Sin embargo, una primera aproximación de las participaciones de mercado se podría realizar sin considerar la existencia de empresas importadoras, caso en el cual las participaciones de cada uno de los competidores estaría sobre representada. En este escenario, las participaciones de mercado de Componentes difieren de acuerdo a los distintos medios de prueba agregados al proceso. Por una parte, del informe acompañado por la actora a fojas 1196, se desprende que dicha participación sería de un 10,8%; en tanto que, a partir de los datos contenidos en el informe complementario acompañado por las demandadas a fojas 1569, su participación sería de un 8,1%. Finalmente, de acuerdo con el informe de cierre de la investigación de la FNE, la cuota de mercado de Componentes estaría entre un 5% y un 15%. Toda esta información se refiere al año 2014;

Decimotercero:

Que en la siguiente tabla se puede observar que el mercado de muebles RTA se encuentra bastante atomizado y que Componentes, si bien ha logrado obtener una participación no despreciable, fue el quinto actor del mercado el 2014. Tal como se indicó en la consideración anterior, en esta tabla no se consideran las importaciones, por lo que el mercado debería estar menos concentrado

Tabla 1:
Participación en la comercialización de muebles RTA a base de madera excluidas las importaciones

Empresa	Part. Mercado
CIC	18,9%
Silcosil	16,1%
Otros productores nacionales	16,1%
Mobikit	13,0%
Indumuebles SpA	12,5%
Masisa Componentes SpA	10,8%
Comercial Favatex S.A.	7,7%
Medular Ibetek SpA	4,9%

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes del informe económico acompañado por la demandante a fojas 1196.

Decimocuarto:

Que testigos presentados por ambas partes confirmaron que el mercado aguas abajo se encuentra atomizado. En efecto, el Sr. Sebastián Pecci - quien trabajó en el área comercial de Silcosil entre diciembre de 2012 y noviembre de 2014- declaró a fojas 617 que, a nivel nacional, “[...] estaba Favatex, San Sebastián [sic] Mobikit... Masisa Componentes, Cabrera, Eurokit... Deben haber como ocho empresas más o menos importantes... Está Medular también...” y luego, a fojas 623, agregó a Roch y Lasen. Adicionalmente, el Sr. Orlando San Martín Aguilera -gerente de planta de Silcosil- señaló a fojas 1059 que en la “[c]ompetencia nacional está CIC, Mobikit, Indumuebles... y un par de... Favatex [...] Y en los operadores logísticos que importan muebles, están: Favatex, Roch, Lasen... esos son los más importantes operadores logísticos”. Finalmente, el Sr. Ricardo Meyer Casanova sostuvo a fojas 777 que, respecto de las participaciones en el mercado aguas abajo “[...] Silcosil, debe aportar un 17%, Cic debe andar del orden del 7%, Mobikit del orden del 6%, y Masisa Componentes, nosotros estamos en torno al 2% del mercado de los muebles RTA, y hay otros menores, no sé cuánto de participación... pero son muy menores... y pero que están muy atomizados [...]”;

Decimoquinto:

Que, en cuanto al volumen de las importaciones, la información de autos no es exacta, ya que los datos del Servicio Nacional de Aduanas no serían suficientemente precisos como para identificar los productos correspondientes al mercado relevante antes definido. En esta línea, el informe económico acompañado a fojas 1196 señala que la información disponible permite discriminar entre distintos materiales de fabricación de muebles RTA, pero no lo suficiente como para diferenciar a los muebles de aglomerado melamínico de los muebles de madera pintada. En todo caso, en este informe se estima que las importaciones representan un 61% de las ventas de muebles RTA de madera. Por otra parte, el informe de archivo de la investigación N° 2300-14 de la FNE, que rola a fojas 435 y siguientes, señala que “no fue posible distinguir el número de empresas que importaron muebles

RTA específicamente", aun cuando luego agrega que "[s]in perjuicio de lo anterior, Componentes estima que un 60% de las ventas realizadas en el mercado doméstico corresponden a productos importados", concluyendo que "el mercado aguas abajo está altamente atomizado y, además, disciplinado por las importaciones de muebles RTA". Por último, el informe acompañado a fojas 753 señala que las importaciones representarían un 49% aunque, al no estar especificada la fuente primaria de los datos usados, no es posible saber si se están considerando muebles de otros materiales. Por tanto, más allá de la imprecisión de los datos disponibles, de las diferencias en los distintos cálculos presentados durante el proceso y del desacuerdo que existe entre las partes en relación al grado de diferenciación que existe entre los productos nacionales e importados, hay suficientes indicios de que las importaciones jugarían un rol importante en el mercado que hasta aquí se ha descrito;

Decimosexto:

Que a partir del análisis de las participaciones de mercado resulta bastante improbable que cuotas de mercado tan bajas como las del presente caso -un 11% como máximo para Componentes según fue expuesto por las partes en la consideración duodécima-, puedan dar lugar a dominancia. Por lo tanto, es posible descartar una posición de dominio de Componentes en el mercado aguas abajo, sin necesidad de evaluar otros factores como las barreras de entrada o la posible expansión de competidores;

Decimoséptimo:

Que, en cuanto a la posibilidad que tendría Componentes de alcanzar una posición dominante en el mercado aguas abajo, mediante las conductas de precios predatorios y competencia desleal, esto también es altamente improbable a partir del análisis de las participaciones de mercado que se señalan en la tabla mencionada anteriormente. En efecto, dichas participaciones son del año 2014 y las conductas denunciadas se habrían ejecutado a partir del año 2011, por lo que, de haber existido algún cambio en dichas participaciones, ello ya estaría reflejado en los datos analizados. Sin perjuicio de lo anterior, se puede constatar que el número de firmas rivales y su participación en el mercado aguas abajo, tanto antes como después de la conducta acusada, dan cuenta de que ellas son capaces de disciplinar efectivamente el comportamiento de mercado de Componentes y de impedir que pueda llegar a obtener una posición dominante en el corto o mediano plazo;

Decimoctavo:

Que la demandante no aportó prueba que desvirtúe las conclusiones precedentes. En efecto, no existen antecedentes en autos que permitan a este Tribunal formarse la convicción que Componentes tenga una posición dominante en el mercado aguas abajo o que la pudiera alcanzar mediante la ejecución de conductas como las denunciadas por Silcosil;

Decimonoveno:

Que, en ausencia de posición de dominio o de la capacidad de alcanzarla en el corto o mediano plazo, no se configuran las conductas descritas en la letra c) del artículo 3º del D.L. N° 211, no siendo necesario para estos efectos continuar con el análisis para desestimar las acusaciones respecto a precios predatorios y competencia desleal;

Vigésimo:

Que, a continuación, en relación con la acusación de Silcosil de que Masisa habría estrangulado sus márgenes, es necesario analizar las condiciones para que esta conducta atente en contra de la libre competencia y pueda ser sancionada;

Vigésimo primero:

Que, según ha indicado la doctrina europea, la figura de estrangulamiento de márgenes constituye un abuso de posición dominante que requiere para su procedencia el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) el proveedor de un insumo debe estar integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta (R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 372);

Vigésimo segundo:

Que, como se puede apreciar, lo primero que debe determinarse es la dominancia de la empresa verticalmente integrada. Sobre este aspecto, no existe controversia en autos en cuanto a que Masisa también participa en el mercado aguas abajo a través de su relacionada Componentes, pero no hay acuerdo acerca de la posible posición dominante de esta firma aguas arriba;

Vigésimo tercero:

Que, en concordancia con lo señalado en la consideración quinta, para efectos de analizar la posición de una empresa en un mercado se deben analizar distintos factores. Primero, se debe caracterizar el mercado de que se trata, para luego evaluar la posición que detenta la empresa en el mercado relevante y las condiciones de entrada al mismo;

Vigésimo cuarto:

Que, tal como se señaló en la consideración sexta, el mercado aguas arriba corresponde al de la producción y comercialización de tableros de aglomerado melamínico. Arauco y Masisa son empresas que participan en ambos segmentos de este mercado mientras que Imperial, el tercer mayor comercializador, se abastece de importaciones y de compras de tableros a las mismas Arauco y Masisa. Por último, existen empresas que sólo importan tableros de aglomerados melamínicos. Sin embargo, esto último sería algo relativamente excepcional, tal como constata la FNE en el informe de archivo de su investigación N° 2300-14 al estimar que, entre 2005 y 2014, menos de 15 empresas importaron tableros de aglomerado melamínico;

Vigésimo quinto:

Que, por otra parte, un mueble RTA puede ser fabricado con distintos tipos de tableros, entre ellos, los tableros MDF (Medium Density Fiberboard), los que difieren de los tableros de aglomerado melamínico tanto en el tipo de recubrimiento como en su composición interna. Sin embargo, de acuerdo con la demandante, los fabricantes de muebles RTA en el país utilizarían mayoritariamente como insumo los tableros de aglomerado melamínico, no siendo sustituibles para estos efectos por otros tipos de tableros. En efecto, en

la demanda se indica que “[e]l aglomerado melamínico presenta importantes diferencias con otros tipos de tableros, como los MDF (Medium Density Fiber-board). En efecto, estos tableros tienen otros usos, mayores costos, y no son aptos para ser trabajados por las máquinas comúnmente utilizadas para fabricar muebles RTA, las que están especialmente diseñadas para utilizar tableros de aglomerado melamínico”. Las demandadas, en lo sustancial, no controvierten esta conclusión, a la que también arribó la FNE en su informe de archivo de la investigación N° 2300-14;

Vigésimo sexto:

Que, en seguida, corresponde analizar la participación que Masisa tendría en este mercado pues es indicativa de la importancia de las empresas que compiten en el mismo. De esta manera, en el derecho comparado el tratamiento de altas cuotas de participación de mercado difiere. En términos muy generales, mientras en el derecho norteamericano cuotas inferiores al 70% no dan comúnmente lugar a la denominada “monopolización” (la expresión utilizada en la ley norteamericana para referirse a los casos de conductas unilaterales) (véase, por ejemplo, los casos Eastman Kodak Co. v Image Technical Services Inc., 504 U.S. 451 (1992); United States v Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966), y American Tobacco Co. v United States, 328 U.S. 781 (1946)), en el derecho europeo cuotas entre 50% y 70% dan normalmente lugar a una presunción simplemente legal de dominancia, aunque se deben considerar otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado (véase, por ejemplo, caso C62/86, AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215);

Vigésimo séptimo:

Que en autos existen distintas estimaciones de las participaciones de las empresas que actúan en el mercado aguas arriba. Las diferencias se producen, probablemente, por la distinta forma en que se tratan las importaciones y los segmentos de producción y de comercialización presentes en el mercado de los tableros de aglomerado melamínico. Así, por ejemplo, la FNE en su informe de archivo de la investigación N° 2300-14 presenta las participaciones de mercado que se indican en la tabla 2 a continuación, la que se construye basada en el segmento de comercialización;

Tabla 2:
Participación en la comercialización de tableros de aglomerado melamínico

Año	Masisa	Arauco	Otros
2010	[60-70]	[10-20]	[20-35]
2011	[60-70]	[10-20]	[15-30]
2012	[55-70]	[5-20]	[15-20]
2013	[50-60]	[20-30]	[15-20]
2014	[45-60]	[20-35]	[15-20]

Fuente: Informe de archivo de la investigación de la FNE 2300-14, fojas 435.

Vigésimo octavo:

Que, como se puede ver en dicha tabla, el principal participante es la demandada Masisa, cuya participación de mercado nunca ha estado por debajo del 45%. Lo anterior se puede corroborar con otros antecedentes que se han acompañado a la presente causa; en particular, con las estimaciones realizadas por la demandante en su demanda y en su informe económico acompañado a fojas 1196 y las realizadas por las demandadas en sus respectivas contestaciones y en su informe económico complementario acompañado a fojas 1569;

Vigésimo noveno:

Que, por otra parte, los datos anteriores pueden ser analizados desde la perspectiva de la producción e importación, lo cual implica estimar qué proporción de los tableros melamínicos son producidos por cada uno de los productores nacionales, Arauco y Masisa; y las cantidades que son importadas cada año. Tal como se puede ver en la siguiente tabla, los resultados cambian en forma importante porque Imperial, que no es productor de tableros, realiza compras en mayor proporción a Arauco que a Masisa o a productores extranjeros;

Tabla 3:
Participación en el segmento de la producción/importación de tableros aglomerados melamínicos (venta nacional)

	Masisa	Arauco	Importaciones
2011	[65 - 75]	[15 - 20]	[5 - 15]
2012	[65 - 75]	[10 - 20]	[10 - 20]
2013	[50 - 60]	[25 - 35]	[10 - 20]
2014	[45 - 55]	[35 - 45]	[5 - 15]

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Arauco, Masisa e Imperial a la FNE durante la investigación N° 2300-14 y la información del Servicio Nacional de Aduanas usada para la elaboración del informe económico acompañado a fojas 1196.

Trigésimo:

Que la distinción entre los segmentos de producción y de comercialización de los tableros de aglomerado melamínico es relevante ya que, independientemente de que este último segmento sea el que se relaciona con el mercado aguas abajo, la importancia relativa de la empresa Arauco en el segmento de la producción es un antecedente significativo al momento de evaluar la posible posición de dominio que pueda tener Masisa;

Trigésimo primero:

Que, tal como se observa en las tablas anteriores, Arauco ha aumentado fuertemente su participación de mercado tanto en el segmento de la producción de estos tableros –a costa de la participación de Masisa y de las importaciones–, como en el de la comercialización –a costa de Masisa e Imperial–. Este aumento se explica porque Arauco instaló una planta de producción de tableros, entre ellos los de aglomerado melamínico, en la comuna de Teno, Región del Maule, en 2012, según explica a fojas 440 la Fiscalía en su informe de archivo de la investigación N° 2300-14 y según su propio sitio web (<http://www.vesto.cl/peru/vesto/plantas-de-produccion>, última visita el 18 de mayo 2016);

Trigésimo segundo:

Que, para evaluar la competencia que existe en la provisión de tableros de aglomerado melamínico para la fabricación de muebles RTA, también es útil analizar la evolución de las ventas de los comercializadores de estos productos a las empresas fabricantes de muebles RTA, específicamente a CIC, Favatex, Indumuebles, Masisa Componentes, Mobikit y Silcosil. En la tabla 4 siguiente se puede apreciar claramente que la entrada en operación de la planta de Arauco en Teno produjo un importante impacto en el segmento de la comercialización de tableros de aglomerado melamínico, creciendo sus ventas a productores de muebles RTA en desmedro de las ventas de Imperial y Masisa, lo cual es consistente también con la información de las ventas de Arauco en el canal industrial, acompañada a la investigación de la FNE Rol N° 2300-2014;

Tabla 4:
Participación en la comercialización de tableros de aglomerado melamínico a empresas fabricantes de muebles RTA.

Año	Arauco	Imperial	Masisa
2010	[5-10]	[35-45]	[50-65]
2011	[10-25]	[40-50]	[35-60]
2012	[10-25]	[10-25]	[55-80]
2013	[35-45]	[10-25]	[35-55]
2014	[45-55]	[5-15]	[30-50]

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Arauco, Masisa e Imperial a la FNE durante la investigación N° 2300-14.

Nota: No se incluyen las importaciones directas, las que sólo fueron realizadas por Silcosil en los años 2013 y 2014, las que correspondieron a aproximadamente un 10% de las compras de las señaladas empresas

Trigésimo tercero:

Que lo anterior se ve reforzado por las declaraciones que hicieron ejecutivos de la industria de muebles RTA. El testigo Sr. Pecci respondió las preguntas relativas a quién sería el agente principal en el mercado aguas arriba señalando que "[p]or un lado Masisa y cuando Arauco abrió su planta en el sur, yo creo que Arauco" (cuya transcripción rola a fojas 609 y siguientes). Por su parte, el testigo Sr. Luis Cornejo Castro -quien trabajó en Masisa hasta enero de 2013- declaró sobre las causas de la disminución de la participación de mercado de Masisa indicando que "[a]lgo de importaciones, algo de tableros importados (un pequeño volumen, pero que si [sic] metía mucho ruido en términos de precio) y posteriormente la entrada de Arauco con su planta de MDP recubierto con melanina [sic], que eso ha pegado, entiendo, bastante fuerte" (cuya transcripción rola a fojas 680 y siguientes). En el mismo sentido, el testigo Sr. Meyer Casanova declaró que "Arauco partió... desconozco la cantidad de años, pero yo creo que son más de 20 años que Arauco empezó con una fábrica de tableros de MDF y tableros para traseras de muebles, que son los tableros de cholguán que se llaman, y después Arauco instaló ya una fábrica de tableros cuando empezó a ingresar al mercado, no solamente para vender en Chile, sino que en Perú, en Ecuador, etc... Y empezó a aumentar su participación. Y en la medida que Arauco empezó a aumentar su participación hasta llegar a ese 40%

que estamos hoy día, Masisa fue bajando su participación" (cuya transcripción rola a fojas 771 y siguientes);

Trigésimo cuarto:

Que las variaciones producidas en las participaciones de mercado podrían constituir un indicio que, en principio, descarta una posición dominante de Masisa en el mercado aguas arriba. Sin embargo, esto no es totalmente concluyente por lo que es necesario analizar las condiciones de entrada y el supuesto carácter de insumo esencial o indispensable que tendrían los tableros de aglomerado melamínico;

Trigésimo quinto:

Que entre las condiciones de entrada del mercado aguas arriba se debe considerar el costo de ingresar al mercado. En este aspecto se requerirían elevados montos de inversión para instalar una planta de tableros, como se desprende de la inversión que realizó Arauco al instalar su planta de tableros en Teno en 2012, y de los montos involucrados en la modernización de la planta de tableros de Masisa en Cabrero, según consigna su Memoria correspondiente al año 2011, acompañada a fojas 485, y su sitio web (<http://www.masisa.com/nosotros/nuestra-empresa/historia-de-masisa/>);

Trigésimo sexto:

Que, adicionalmente a esta inversión, es necesario tener acceso a la madera, principal insumo que se utiliza en la producción de tableros melamínicos. En este sentido, cabe destacar que, de acuerdo con el informe de archivo de la investigación N° 1533-09 de la Fiscalía, las únicas dos productoras de tableros de aglomerado melamínico que operan en el país -Masisa y Arauco- se encuentran integradas aguas arriba con empresas forestales que concentran un importante patrimonio forestal. En todo caso, no existe prueba en autos sobre eventuales dificultades para acceder a la madera que puedan tener las potenciales productoras entrantes que no estén integradas con empresas forestales;

Trigésimo séptimo:

Que las condiciones de entrada recién descritas tienen relación con el segmento de producción del mercado aguas arriba y no necesariamente con el de comercialización. De este modo, y sin perjuicio de que no existe suficiente información en el expediente, es posible inferir que para un comercializador de tableros melamínicos como Imperial, las condiciones de entrada deberían ser menos exigentes que las anteriormente descritas;

Trigésimo octavo:

Que, en este orden de ideas, corresponde también analizar si los tableros de aglomerado melamínico que produce Masisa constituyen, como ha afirmado la actora, un insumo esencial. Esta supuesta característica se encuentra estrechamente vinculada a la posible posición de dominio de Masisa, ya que, como se dirá más adelante, dice relación con la sustituibilidad de los insumos ofrecidos por ella;

Trigésimo noveno:

Que, cuando se analizan casos de abusos de una empresa integrada verticalmente con otra que opera en el mercado aguas abajo, el concepto de insumo esencial puede dar lugar a interpretaciones equívocas. Así, en casos de monopolios que son dueños de ciertas instalaciones, como puertos o aeropuertos, la literatura eco-

nómica ha señalado que aquellas serán esenciales en la medida que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado aguas arriba; (ii) que la instalación no sea replicable a un costo y dentro de un plazo razonables; y (iii) que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo. Sin embargo, acoger esta postura en casos de estrangulamiento de márgenes es, a lo menos, controversial, porque implicaría asumir que el dueño de un insumo podría tener, cumplidas ciertas condiciones, un deber de compartirlo cuyo incumplimiento vulneraría el derecho de la competencia;

Cuadragésimo:

Que, por lo anterior, para el análisis de la imputación de la demandante sobre estrangulamiento de márgenes, sólo se considerará si este insumo -tableros melamínicos de Masisa- es "indispensable", esto es, no tiene sustitutos razonables para el funcionamiento de la competencia en el mercado aguas abajo. Para ello es necesario referirse a la sustituibilidad -para los fabricantes de muebles RTA- de los productos de Masisa con los de Arauco y con las importaciones, tanto desde el punto de vista de las características del producto como de las condiciones comerciales bajo las cuales dichos fabricantes pueden acceder a ellos;

Cuadragésimo primero:

Que, de acuerdo con Silcosil, los tableros melamínicos de Masisa no tendrían sustitutos debido a los costos de cambio existentes en el mercado aguas arriba. Estos costos "transformarían" o "convertirían" a los tableros melamínicos en un insumo esencial, pues poseerían características únicas que no permitirían su reemplazo por otros similares. Como se afirma en el informe económico acompañado por la demandante a fojas 1196, "[...] estos tableros constituyen, al menos en el corto y mediano plazo, un insumo esencial para la fabricación y comercialización de estos muebles. [...] [E]xiste un costo de cambio en el mercado de distribución de muebles RTA en relación a los tableros melamínicos, el que transforma a estos últimos en un insumo esencial para la fabricación de muebles. Dado que los colores de los tableros son únicos por cada proveedor esto determina que, cada vez que se quiera cumplir con la demanda de un cierto distribuidor, se debe utilizar el mismo proveedor de tableros, pues, de otra manera los colores y diseño de los muebles no calzarían" (página 41 informe). A juicio de la testigo Srta. María Valentina Konow Vial, cuya transcripción de su declaración rola a fojas 1300 y siguientes, esta situación "genera una barrera de entrada al menos en el corto plazo para alguien que quiera competir o entrar a competir con su mueble hacia un proveedor";

Cuadragésimo segundo:

Que en un sentido similar declararon ante la FNE, en el marco de la investigación N° 2300-14, representantes de otros fabricantes de muebles RTA. Así, el Sr. Gastón Urmeneta Krarup, representante de Masisa, ante la pregunta de si son sustituibles los tableros respondió que "Son similares los productos. No, la diferencia está en los diseños". Por su parte, el Sr. Rufino Melero Urrestarazú, representante de Mobikit, señaló que, respecto de los tableros de distintos proveedores, "[...] las tonalidades, la verdad, que no son exactamente iguales [...] si tú compras muebles para oficina, tú quieres que todo sea de la misma tonalidad [...] cierto diseño para encontrarlo en el mercado nacional, pueden haber cosas similares, pero no iguales. O sea, yo a mi cliente no le, digamos, tendría que cambiarle todas las bodegas, es decir, de todo nuevo. Entonces, operativamente, es muy complejo". Por último, el testigo Sr.

San Martín Aguilera declaró en autos que “[...] si bien es cierto pueden haber colores que se parezcan mucho, no son iguales, casi todos los colores son hechos a pedido, fábrica a fábrica, entonces se diferencia mucho el tema del diseño, existe una diferenciación por diseño”, que “[...] si yo a un cliente le estoy entregando un color a un fabricante yo no puedo cambiar el color de la noche a la mañana” y que “[...] hacer un cambio de color en... es casi inviable” (transcripción que rola a fojas 1052 y siguientes);

Cuadragésimo tercero:

Que, además, existen otros testimonios en autos que declararon sobre variedad de diseños y tonalidades de los tableros de Masisa. El testigo Sr. Oyanedel Soto -cuya transcripción rola a fojas 1261 y siguientes- señaló que “Arauco ha entrado no con la misma profundidad de tonalidades de colores”. Lo anterior también fue señalado por el Sr. Meyer Casanova tanto en su declaración ante la FNE en el marco de la investigación N° 2300-14, al indicar que “Masisa por ser el que tiene mayor, la mayor gama de diseños normalmente es un diseño MASISA el que yo estoy comprando”; como en la declaración testimonial ante este Tribunal, cuya transcripción rola a fojas 771 y siguientes, en la que señaló que “Masisa tiene la mayor cantidad de diseño que yo requiero”;

Cuadragésimo cuarto:

Que, finalmente, Silcosil argumenta que el principal canal de distribución de los muebles RTA -el retail- compraría, además, partes y piezas que sirven de repuestos de dichos muebles. En este sentido se pronuncia el informe económico acompañado por la actora a fojas 1196 al señalar que “la venta de los muebles RTA no considera sólo la venta del mueble en sí, sino que además incorpora la venta de sus partes y piezas como repuesto”. Lo anterior fue ratificado por la testigo Srta. Konow Vial, coautora de dicho informe, en su declaración testimonial de fojas 1313 y siguientes, al indicar que “[...] no se venderían repuestos por sí solos para un mueble que no se vende, en el fondo la venta es combinada y es el mismo proveedor”;

Cuadragésimo quinto:

Que, por su parte, Masisa argumenta que los tableros que ella produce sí son sustituibles. Para acreditar lo anterior acompañó a fojas 1514 un informe técnico en el que la diseñadora Sra. Sandra Cárdenas Navarrete -perito en propiedad industrial- concluye que los tableros de Masisa que ella analizó “no son diseños únicos o de producción exclusiva por parte de Masisa, sino que por el contrario, cada uno tiene más de un equivalente (idéntico o similar) en el mercado que puede reemplazarlo y con opciones de al menos dos marcas”, por lo que “los tableros de melamina fabricados por Masisa son absolutamente sustituibles para la fabricación de muebles RTA en Chile”. Para arribar a tal conclusión la diseñadora realizó un análisis comparativo de los tableros color Peral, Nogal Amazónico y Acacia con los cuales se fabrican los muebles RTA que Componentes vende a Easy, con otros tableros de aglomerado melamínico presentes en el mercado. Adicionalmente, en el informe económico complementario acompañado por las demandadas a fojas 1569 se señala que las características de los tableros de aglomerado melamínico son “esencialmente replicables”;

Cuadragésimo sexto:

Que, por otra parte, en el informe de archivo de la investigación N° 2300-14 de la FNE y en la resolución de dicho organismo que rechazó la reposición a la resolución

de archivo de esa investigación (que rolan a fojas 435 y 1354, respectivamente), se sostiene que existe una "alta sustituibilidad entre los tableros de Masisa y Arauco, lo que fue verificado por las compras realizadas por la misma Recurrente". Además, sin perjuicio de lo señalado en la consideración cuadragésima tercera, el citado testigo el Sr. Oyanedel Soto declaró a fojas 1270 que, "encontraron once matices o tonalidades que eran las más demandadas por la empresa Silcosil, de las cuales al menos cinco eran... que correspondían a casi el 60%, eran también posibles de suministrar por Arauco";

Cuadragésimo séptimo:

Que de la prueba rendida en el proceso es posible concluir que las empresas minoristas que comercializan muebles RTA realizan requerimientos a los fabricantes de tales muebles con distintos niveles de especificaciones, exigiendo desde una copia de un mueble de la competencia hasta el desarrollo de un mueble en el que el fabricante determina por completo sus especificaciones. Así, algunos retailers llamarían a licitación de un mueble en particular como, por ejemplo, Sodimac, según señaló el Sr. Meyer Casanova a fojas 779 al referirse a las line review que se harían cada dos o tres años. En este mismo sentido, algunos retailers entregarían a un determinado fabricante el mueble y le pediría, según expresó el Sr. Oyanedel Soto a fojas 1267, "'hágame este producto', y así se definiría el precio". Otras empresas -según declaró el Sr. Pecci a fojas 618 y el Sr. Oyanedel Soto a fojas 1267- una vez definida una categoría de muebles, reciben propuestas de muebles de los fabricantes, en las que éstos últimos le entregan un producto final con precio incluido y todas las opciones en tableros. Otros retailers darían una banda de precio y los fabricantes de muebles se encargarían del diseño del mismo, tal como afirmó el Sr. San Martín Aguilera a fojas 1060. En el caso de Easy, ésta haría exigencias especiales respecto del color del mueble, tal como precisó el Sr. Pecci a fojas 630. Además, tendría exigencias adicionales que no dicen relación con características de los muebles. Así, el mismo Sr. Pecci señaló a fojas 627 que "[...] el televisor más vendido era uno de 42 pulgadas. Entonces desarrollábamos estantes, rack, clóset para dormitorio, para 42 pulgadas. Era lo que venía y lo que iba a ser fuerte e Easy no... Todos los demás clientes accedían e Easy no quería. En una oportunidad me junté con el comprador de Easy, porque yo insistía mucho, y el comprador me comentó, me dijo 'Sebastián, sabés [sic] que no eres tú, no es la fábrica Silcosil'... Me dijo: 'esto viene de más arriba. Yo solamente estoy acá para poner la cara y lamentablemente no les puedo seguir comprando'";

Cuadragésimo octavo:

Que, por otra parte, Masisa señala que Silcosil habría reconocido la sustituibilidad de los tableros ante la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas (CNDP) al señalar que el tablero de aglomerado melamínico importado, particularmente el proveniente de Austria, y el producto nacional "comparten las mismas características físicas y técnicas, teniendo un mejor aprovechamiento el producto importado dado sus dimensiones" y que ambos tableros "se emplean en los mismos usos y funciones. En el caso nuestro podemos hacer los mismos muebles con uno u otro tablero", según consta en el documento acompañado a fojas 1461. En este mismo orden de argumentaciones, Masisa acompañó un documento que contiene las respuestas a un cuestionario enviado a dicha Comisión por Arauco, que rola a fojas 1465, en la que Arauco declaró que el producto investigado, esto es el tablero de aglomerado melamínico importado desde Austria, "tiene

dimensiones similares y los mismos usos” que el de su fabricación, que “los productos tienen características físicas y técnicas muy similares, por lo que se trata de productos con un alto nivel de sustituibilidad, en sus usos y aplicaciones” y que “se emplean en los mismos usos y funciones”. Cabe mencionar que Silcosil también usa dicha declaración en apoyo de su argumento de que los tableros de Masisa constituirían un insumo esencial ya que Arauco, en la misma declaración, afirmó, respecto del tablero de la investigación de la CNDP y el de fabricación nacional, que “sí son sustitutos tanto cuando se utilizan en trabajos que ya han sido comenzados con otra marca (en el caso que son los mismos diseños ej. la melanina blanca), como cuando son diseños distintos (caso en el cual ya no se puede cambiar la marca)”;

Cuadragésimo noveno:

Que, aun cuando las declaraciones hasta aquí analizadas no son concluyentes respecto al grado de similitud o identidad entre los productos de Masisa con los de Arauco y los importados, la información de este mercado a partir del año 2012 daría cuenta de que los tableros de Arauco y de proveedores externos serían buenos sustitutos de los tableros de aglomerado melamínico de Masisa, tal como se expone a continuación;

Quincuagésimo:

Que, en primer lugar, como se ha señalado, la entrada de Arauco a fines del 2012 generó un fuerte aumento en las compras de prácticamente todos los fabricantes de muebles RTA a esta empresa en desmedro de Masisa, tal como se puede desprender de la tabla 4, incluida en la consideración trigésima segunda. En efecto, Arauco cuadruplicó sus ventas de tableros melamínicos en sólo dos años;

Quincuagésimo primero:

Que, en segundo término, como se observa en la tabla 5, Silcosil, luego de terminado el acuerdo comercial con Masisa, sustituyó en forma inmediata dichas compras mediante solicitudes a Arauco y a empresas extranjeras, lo que es consistente con la información que la misma demandante presentó al respecto en el informe económico acompañado a fojas 1196;

Tabla 5:
Evolución de las compras de aglomerado melamínico por parte de Silcosil (en pesos)

	Porcentaje de compras a cada proveedor				Índice de compras totales (2010=100)
	Masisa	Arauco	Imperial	Importaciones	
2010	[65 - 75]	[20 - 30]	[0 - 5]		100.0
2011	[65 - 75]	[20 - 30]	[0 - 5]		123
2012	[55 - 65]	[25 - 35]	[0 - 10]		154
2013	[0 - 10]	[45 - 55]	[0 - 10]	[35 - 45]	157
2014	[0 - 10]	[60 - 70]	[0 - 5]	[25 - 35]	141

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Arauco, Masisa e Imperial a la FNE durante la investigación N° 2300-14 y la información del Servicio Nacional de Aduanas usada para la elaboración del informe económico acompañado a fojas 1196.

Quincuagésimo segundo:

Que la información anterior se puede corroborar al hacer el ejercicio equivalente en relación a los volúmenes comprados, lo cual se puede observar en la siguiente tabla. En ella, los patrones de los montos y de los volúmenes comprados siguen una trayectoria similar, con lo cual se puede descartar que el aumento de compras observadas en la tabla 5 se deba a un aumento de precios producto del cambio de proveedores. Por tanto, hay un fuerte indicio de que Silcosil ha sido capaz de sustituir rápidamente las compras que hasta el año 2012 hacía a la empresa Masisa;

Tabla 6:
Evolución de las compras de aglomerado melamínico por parte de Silcosil (en metros cúbicos de tableros)

Volumen de Compras (2010=100)	
2010	100
2011	[100 - 130]
2012	[140 - 160]
2013	[160 - 180]
2014	[140 - 160]

Fuente: Elaboración propia a partir de información entregada por Arauco, Masisa e Imperial a la FNE durante la investigación N° 2300-14 y la información del Servicio Nacional de Aduanas usada para la elaboración del informe económico acompañado a fojas 1196.

Quincuagésimo tercero:

Que, de acuerdo con las consideraciones anteriores, se puede señalar que una vez iniciada la producción de una determinada línea de muebles RTA existirían costos de cambio, ya que algunos de los tableros de aglomerado melamínico no son exactamente iguales entre proveedores. Sin embargo y de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones cuadragésima quinta a quincuagésima segunda, salvo con respecto del cliente Easy, no existe evidencia en el proceso que acredite que esta dificultad de cambio exista más allá del corto plazo. Las relaciones entre compradores y vendedores de muebles RTA, descritas en la consideración cuadragésima séptima, dan cuenta de la injerencia que tienen estos últimos en el diseño de los muebles, lo que conlleva a que, en general, tengan la capacidad de sustituir entre los distintos oferentes de tableros melamínicos. Los datos presentados relativos a las ventas de las distintas empresas de tableros melamínicos respaldan lo anterior. Así, se puede observar cómo Arauco aumentó fuertemente sus ventas a los productores de muebles RTA en sólo 3 años, luego de construir su nueva planta. En esa misma línea, se puede analizar en la tabla 5 que Silcosil reemplazó rápidamente sus compras a Masisa por compras a Arauco e importaciones. Estos cambios de proveedores no ocurrirían en caso de que la sustituibilidad de los tableros de Masisa fuera baja, como ha alegado la demandante en esta sede, menos aún con la rapidez en que estos han ocurrido;

Quincuagésimo cuarto:

Que la tabla 5 también es útil para desestimar uno de los argumentos presentados por la demandante en relación a la dominancia de Masisa. En efecto, el informe presentado por Silcosil a fojas 1196 señala que el aumento del precio promedio

de las compras de Silcosil a Masisa sería indiciario de que esta última determina el precio con independencia de sus competidores. Sin embargo, la disminución de más de un 90% de las compras de Silcosil a Masisa acredita que Masisa no tiene la capacidad de aumentar sus precios en forma relevante sin disminuir sus ventas, por lo que no podría fijarlos en forma independiente;

Quincuagésimo quinto:

Que siguiendo con el análisis de sustituibilidad de los tableros melamínicos, queda por determinar si las importaciones disciplinan las conductas de los fabricantes nacionales, especialmente considerando los costos y tiempos de transporte que conlleva tal forma de provisión. Así, el testigo Sr. Pecci declaró que “los tableros tenían un costo asociado a internación, a transporte (...) la fluidez que tenía una importación es algo súper engorroso en cambio al consumo nacional, donde uno ponía una orden de compra y a la semana o dos semanas ya tenía la mercadería. En cambio importarlos desde Austria yo creo que logísticamente es muy complicado (...) [N]osotros importábamos me acuerdo alrededor de cuarenta contenedores mensuales, que era una locura recepcionarlos [sic]... Logísticamente era muy complicado. Me imagino que también muy costoso, porque almacenar tanto volumen era difícil”, según consta a fojas 619. El testigo Sr. San Martín Aguilera ratificó lo anterior en su declaración testimonial (según consta a fojas 1057), al señalar que “[...] hoy día nosotros importamos tableros de Austria pero a un costo mucho más alto de lo que yo podría encontrar en el mercado nacional, hay costos logísticos, de transporte; hoy día hay un costo muy importante que es el traslado, los tiempos. Normalmente si yo tengo que comprar en un mercado local demora una semana máximo en tener el tablero en planta, hoy día para traer de... nosotros de Austria demora 60 días, entonces tengo que mantener stock importante, tengo que programar mi demanda con mucha anticipación [...]”;

Quincuagésimo sexto:

Que las declaraciones de los testigos individualizados en la consideración anterior son ratificadas por la del testigo Sr. Meyer Casanova quien indicó a fojas 786 que “[s]í, por supuesto, hay costos de transportes en importar tableros [...]” y que “[...] dependiendo de donde se traigan, el trayecto es más largo que en el caso de los tableros nacionales, sin embargo, para suplir ese diferencial de tiempo lo que se hace es que se importa antes, o se importa más y se mantiene en inventario, y es ahí donde hablamos de costos logísticos”. Finalmente, concuerda con lo anterior el Sr. Rodrigo Harrison Vergara -testigo experto presentado por las demandadas- quien a fojas 1219, señala en su declaración testimonial que “[...] en este tipo de mercados, donde éste [los tableros] es un insumo importante para la producción de muebles, donde la sustitución no es perfecta y los timing son importantes muchas veces... El timing tiene que ver con la planificación, por lo tanto, dependiendo de la industria que esté aguas abajo solicitándolo, el timing de la importación puede o no ser relevante...” y que “[...] el volumen es relevante en la medida que tenga una consecuencia en el almacenamiento [...]”;

Quincuagésimo séptimo:

Que, en el mismo sentido, el informe de archivo de la FNE de la investigación N° 2300-14 dispuso que “los tableros importados no son un sustituto perfecto de los tableros provistos por fabricantes nacionales atendido el diferencial de precios y los costos relacionados con el tiempo de disponibilidad de dichos tableros y de bodegaje en los que es necesario incurrir al abastecerse vía importaciones”;

Quincuagésimo octavo:

Que, adicionalmente, la actora alega que las propias demandadas habrían reconocido la existencia de costos asociados a la importación de tableros de melamina al contestar la demanda. En efecto, las demandadas citan en sus contestaciones una declaración del representante de CIC Muebles ante la CNDP en la que señala que, respecto de la importación de tableros, "no es atractivo asumir costos de inventario y riesgos por un precio equivalente";

Quincuagésimo noveno:

Que, además de todo lo dicho, la demanda de tableros melamínicos importados es difícil de planificar por la volatilidad de ventas de los muebles RTA. En efecto, tal como señalaron los testigos Sres. Meyer Casanova y Harrison Vergara, a fojas 786 y 1219, respectivamente, el mayor costo asociado a la importación de tableros en relación a la adquisición de aquellos de fabricación nacional podría ser contrarrestado con una adecuada planificación, importando una mayor cantidad y manteniéndola en inventario. Sin embargo, para que esta estrategia sea exitosa, la planificación de inventarios debiera ser posible y ello sólo ocurriría cuando la demanda de muebles del importador de tableros es relativamente predecible ya que, de lo contrario, el costo de inventario podría ser demasiado alto. En el informe económico acompañado a fojas 1196 se grafica la evolución de las ventas de la demandante, observando altas fluctuaciones, por lo que una mayor planificación de las importaciones no sería simple;

Sexagésimo:

Que, en sentido contrario a lo que se ha venido exponiendo, el Sr. Oyanedel Soto –según consta a fojas 1269 y 1270– declaró que "no hay mayores costos de importación, incluso en algunos casos hay tratados de libre comercio, por lo tanto no hay tampoco barreras para arancelarias". Agregó que el flete y despacho tendrían los costos propios de cualquier mercado en que traigan un producto de afuera; y que los tiempos de despacho serían de dos a tres meses. Sin perjuicio de lo que se señaló en la consideración quincuagésima sexta, el testigo experto de Masisa el Sr. Harrison Vergara declaró a fojas 1219 que la estructura del mercado aguas arriba "facilita una conducta competitiva, sobre todo la disciplina de importación";

Sexagésimo primero:

Que, por otra parte, el Sr. Melero Urrestarazú, en el marco de la investigación de la FNE N° 2300-14, señaló que "[s]e dio una coyuntura especial en estos años últimos, 3 años diría yo, 4 años [declaración de 13 de noviembre de 2014], por la crisis europea. Entonces todas las fábricas europeas de tableros tenían remanentes de producción que no podían colocar por la crisis, y los tiraban a precios marginales, seguramente, al extranjero, digamos, y de eso llegó... llegaron producciones de Austria, de Portugal y de otros países europeos, creo. Fundamentalmente los trajo Imperial, como importador y tengo entendido que algún fabricante también trajo. Entiendo también que está llegando unos tableros chinos, que también eso ya es una producción más estandarizada, con precios, digamos, como son los chinos, siempre bajos". Lo anterior es un antecedente adicional de la intensidad competitiva de las importaciones en el mercado aguas arriba y, por tanto, de la sustitución que existía entre los distintos oferentes de él;

Sexagésimo segundo:

Que, de acuerdo con información del Servicio Nacional de Aduanas, con lo aportado por Imperial a la investigación rol N° 2300-14 de la FNE y con lo exhibido por

la misma empresa a fojas 981, Imperial importó una proporción considerable de los tableros melamínicos que comercializó entre los años 2011 y 2014. Lo anterior constituye un indicio importante para evaluar la competitividad de las importaciones, considerando que dicha empresa es el tercer comercializador de tableros de aglomerado melamínico de nuestro país y que en base a esta estrategia ha logrado competir con Masisa y Arauco;

Sexagésimo tercero:

Que las importaciones actuarían, al menos, como un “techo” para los precios que cobran los productores nacionales por estos tableros. Así lo declaró ante la FNE el representante de Mobikit, una fábrica de muebles RTA chilena: “[...] claro, el dólar que viene subiendo, lamentablemente hemos tenido este año alzas cercanas al 15%. [...] las importaciones, ellos [los fabricantes nacionales de tableros] tienen ese techo, lo van siguiendo en la medida... ellos están patrocinados ya. Entonces, como fabricantes, estamos fregados nosotros. No podemos hacer mucho, porque tú decís ‘trae de afuera’, pero de afuera también es más cara, entonces, al final del día, claro... estamos tomados por todos lados” (versión pública expediente de investigación Rol 2300-14 FNE acompañado a fojas 251, archivo “Rol 2300-14 Tomo I_Censurado.pdf”, página 61). La FNE –según consta en la resolución de fecha 4 de agosto de 2015 que rechazó la reposición a la resolución de archivo de la investigación N° 2300-14, que rola a fojas 1354– concuerda con esta afirmación y señala que las importaciones, si bien no son un sustituto perfecto, “sí actúan como entes disciplinantes del mercado al establecer un precio máximo”. El Sr. Harrison Vergara ratifica lo anterior al declarar a fojas 1219 que “la importación básicamente pone techo a cualquier posibilidad de poder de mercado”. Por lo anterior, se puede afirmar que, aun cuando las importaciones no determinaran directamente el precio de los tableros en el mercado chileno, en la práctica no sería posible vender por encima del precio de los productos importados;

Sexagésimo cuarto:

Que, luego de analizada la prueba relativa a la sustituibilidad de los tableros de Masisa de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se puede afirmar que las importaciones y los productos nacionales son sustitutos razonables atendido que: (i) las exigencias que hacen las empresas que comercializan muebles RTA a nivel minorista no tienen relación, necesariamente, con el color o el fabricante de los tableros de aglomerado melamínico; (ii) no existe prueba que los costos de cambios asociados al cambio de proveedor de tableros se extiendan más allá del corto plazo; (iii) la demandante efectivamente ha sustituido los tableros de Masisa por los de Arauco y los importados; (iv) el conjunto de las empresas fabricantes de muebles RTA sustituyó considerablemente sus compras a Masisa por compras a Arauco cuando esta última comenzó a vender tableros producidos localmente; y (v) el tercer comercializador de tableros de aglomerado melamínico del país importa gran parte de los tableros que comercializa. Por consiguiente, no se cumplen las condiciones necesarias para definir el insumo proporcionado por Masisa en el mercado aguas arriba como uno de carácter indispensable;

Sexagésimo quinto:

Que los hechos descritos y analizados precedentemente confirman que los actuales productores de tableros melamínicos, Masisa y Arauco, gozan de una participación importante en el mercado de la fabricación y comercialización de estos bienes lo que, junto con lo expuesto sobre el diferencial de precios de las importaciones, les

confiere a estas empresas un cierto poder de mercado. Sin embargo, lo señalado en la consideración anterior acerca de la sustitución de los tableros; la circunstancia que la cuota de mercado de Masisa haya disminuido desde que en 2012 Arauco pusiera en funcionamiento su planta en Teno y que esta última haya aumentado considerablemente su participación de mercado y sus ventas a empresas productoras de muebles RTA desde entonces; y que las importaciones constituyan, como mínimo, un techo al precio interno, permiten descartar que Masisa pueda comportarse de manera suficientemente independiente y que, por lo tanto, tenga una posición dominante en este mercado;

Sexagésimo sexto:

Que, entonces, tal como lo exige el artículo 3º, letra b) del D.L. N° 211 y lo ha reconocido la doctrina extranjera (R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 141; R. Wish y D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, 7ª ed., 2012, p. 179; S. Bishop y M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 3ª ed., 2010, p. 225; E. Gellhorn, W. Kovacic y S. Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Thomson West, 5ª ed., 2004, p. 112, entre otros), si la dominancia no es probada, no puede derivarse abuso alguno. Así, y de conformidad con lo ya expresado por este Tribunal (Sentencia N° 142/2015, confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015 en causa rol 1.646-2015), se hace innecesario continuar con el análisis de las conductas imputadas por la actora;

Sexagésimo séptimo:

Que, por todo lo anterior, la demanda de Silcosil interpuesta en contra de Masisa y de Componentes será rechazada;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º; y 29º del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

RECHAZAR en todas sus partes la demanda de fojas 88, interpuesta por Metalúrgica Silcosil Limitada en contra de Masisa S.A. y Masisa Componentes SpA, sin costas por haber tenido la actora motivos plausibles para litigar.

Se previene que el ministro señor Saavedra, si bien concurre a la decisión de mayoría en cuanto a rechazar la demanda de autos, no concuerda con los fundamentos para hacerlo, por las siguientes consideraciones:

1. Que, si bien es cierto la falta de prueba de la dominancia sería motivo suficiente para desechar la acusación, a juicio de este ministro ello sólo es posible cuando no haya duda alguna, al verificar las condiciones de concentración y entrada al mercado, de la imposibilidad de actuar con prescindencia de rivales. Este ha sido el criterio seguido por el Tribunal respecto de las acusaciones que hizo Silcosil de predación y de competencia desleal, por cuanto la participación de mercado de Masisa Componentes en el mercado aguas abajo es tan baja (nunca mayor a 11%), que ninguna duda puede caber en cuanto a su falta de dominancia en dicho mercado;

2. Que, en el mercado aguas arriba, la argumentación de la mayoría descansa en que tal dominancia es inexistente, salvo en el corto plazo, debido al techo que impondrían las importaciones a cualquier abuso por parte de Masisa, al fuerte crecimiento experimentado por Arauco en este mercado desde que inauguró una planta en Teno en 2012, a que la integración vertical de los productores nacionales en este mercado con la propiedad de bosques no resultaría una ventaja sobre otros no integrados, y a que, en definitiva, los tableros melamínicos de Masisa no serían insumos indispensables para la participación de Silcosil en el mercado de muebles RTA. Sin embargo, para este ministro la información en autos es por lo menos dudosa en cuanto a la inexistencia de dominancia por parte de Masisa en el mercado aguas arriba, según se expresará a continuación;

3. Que, en efecto, de los antecedentes de autos se puede concluir lo siguiente: i) que la empresa acusada tiene una participación de mercado aguas arriba que nunca baja del 45%, siendo generalmente cercana al 60% (véase la consideración vigésima séptima); ii) que las importaciones sólo imponen un techo a un posible abuso explotativo que está por sobre el precio de mercado del producto nacional (véase la consideración sexagésima tercera), por lo que bajo dicho techo se podría actuar con prescindencia de rivales; iii) que se aprecia como un hecho que los dos productores nacionales de tableros melamínicos están integrados con empresas forestales (véase la consideración trigésima sexta), lo que es un indicio fuerte de una ventaja que difícilmente puede ser igualada en el mercado de tableros melamínicos por quienes deban acceder a la madera a través de contratos de largo plazo o incluso comprando en el mercado spot (Bolton, P. y M. Whinston, "Incomplete Contracts, Vertical Integration, and Supply Assurance", *Review of Economic Studies* 60:121-48, 1993; Grossman, S. y D. Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", *Journal of Political Economy* 94:691-719, 1986; Segal, I. y M. Whinston, "Property Rights", en capítulo 3 de *The Handbook of Organizational Economics*, R. Gibbons y J. Roberts editores, Princeton University Press, 2013); y, iv) que hay testigos que ponen en duda la alta sustituibilidad de tableros melamínicos para ciertos muebles específicos, al menos en el corto plazo (véase la consideración cuadragésima segunda);

4. Que por lo anterior, este ministro no tiene una convicción de la falta de dominancia de Masisa aguas arriba, razón por la cual se debe analizar si la conducta acusada tuvo efectos anticompetitivos en el mercado aguas abajo. Ello por cuanto, ante la falta de una prueba concluyente respecto de tal dominancia en una primera etapa de análisis, el hecho que eventualmente se demuestren los efectos anticompetitivos de la conducta alegada sería prueba suficiente de que la requerida sí era una empresa dominante en el mercado aguas arriba. Así, cuando este Tribunal ha tenido dudas o ha carecido de antecedentes sobre la dominancia de las empresas acusadas, ha continuado con el análisis de los efectos de las conductas (Sentencia N° 131/2013);

5. Que, a mayor abundamiento, a continuación se expondrán los motivos por los cuales existe poca claridad respecto de la falta de dominancia de Masisa en el mercado aguas arriba;

6. Que, en primer lugar, el hecho de que se haya probado que Masisa tenía una cuota de mercado cercana o superior al 50% constituye un fuerte indicio de dominancia, el que sólo puede ser desestimado al analizar las condiciones de entrada, la

posibilidad de sustitución (incluyendo el rol de las importaciones) y el supuesto carácter de "insumo esencial" que tendrían los tableros de aglomerado melamínico;

7. Que entre las condiciones de entrada al mercado aguas arriba se encuentra el costo de ingresar al mercado nacional de producción de tableros de aglomerado melamínico, el que sería elevado de acuerdo a información contenida en autos, particularmente de la inversión que realizó Arauco al instalar su planta de tableros en Teno en 2012 o los montos involucrados en la modernización de la planta de tableros de Masisa en Cabrero en el mismo año;

8. Que, adicionalmente, para operar en el mercado aguas arriba es necesario tener acceso a la madera, insumo que puede obtenerse con producción propia de bosques (integración vertical), a través de la compra spot o con contratos con proveedores de madera. En el caso de las dos únicas productoras de tableros de aglomerado melamínico que operan en el país, dicho acceso se ve facilitado por estar estas últimas integradas verticalmente con empresas forestales, las cuales han hecho inversiones hundidas en bosques. Por el contrario, cualquier nueva inversión en esta área tomaría años en madurar. Así, el hecho que los únicos dos productores nacionales de tableros melamínicos estén integrados, prueba que dicha integración es, en definitiva, más eficiente que comprar madera de una manera alternativa;

9. Que Arauco tampoco es un competidor que discipline el posible abuso de Masisa en el corto plazo, es decir de manera inmediata como presupone la teoría de los mercados perfectos. En efecto, consta en autos, según se expuso en la consideración cuadragésima tercera, que Arauco, además de poseer menos participación de mercado que Masisa durante el período acusado, dispone de menos variedades de productos que su rival, razón por la cual difícilmente podría sustituir en todas las gamas de productos que esta empresa ofrecía en el mercado;

10. Que las condiciones descritas no pueden verse, al parecer, compensadas por las importaciones ya que éstas no son, nuevamente en el corto plazo, un buen sustituto de la producción local de tableros de aglomerado melamínico. En efecto, la evidencia presentada en autos -consignada en las consideraciones quincuagésima quinta a quincuagésima novena- sugiere que las importaciones no son un buen disciplinador del comportamiento de las empresas nacionales, debido a los elevados costos y tiempos de transporte involucrados en el proceso de importación de los aludidos tableros. Con todo, las importaciones sí imponen un techo a una eventual conducta anticompetitiva utilizando el elevando poder de mercado aguas arriba, tanto en el precio cobrado como en la persistencia de este potencial abuso. Tal techo en todo caso corresponde a lo más a un 15% del precio de la producción nacional (consideración sexagésima tercera);

11. Que, dicho lo anterior, los tableros de aglomerado melamínico son productos muy homogéneos previo a que un productor de muebles RTA decida con qué empresa se abastecerá. Sin embargo, tres hechos generan un eventual poder de mercado ex post. En primer lugar, existen costos de cambio de proveedor dado que el producto no es exactamente igual entre proveedores, por lo cual los compradores finales podrían no estar dispuestos a modificar el producto final cuando se ha invertido en catálogos, muestras, etc. Si, por el contrario, todo el costo de cambiar de proveedor de tableros de aglomerado melamínico lo pagase el fabricante de

muebles RTA, ello sería prueba irrefutable de la existencia de este costo de cambio para una empresa como Silcosil. En segundo término, a nivel local existen barreras a la entrada al mercado de tableros de aglomerado melamínico, dadas principalmente por las inversiones hundidas que han hecho las empresas forestales en bosques y no tanto por las plantas para producir dichos tableros. Finalmente, las importaciones no son ni siquiera ex ante un sustituto perfecto pues los costos de importar representan a lo más un 15% del costo de los tableros y, por ende, al menos los productores locales tienen un paraguas que les favorece. Es más, la coexistencia de producción doméstica con importaciones puede ser precisamente prueba de la existencia de sustitución imperfecta en el mercado de tableros melamínicos;

12. Que todo lo anterior en ningún caso permite avalar la supuesta “esencialidad” del insumo provisto por Masisa, tal como lo pretende Silcosil. No obstante, los aludidos costos de cambio “transformarían” a los tableros melamínicos en un insumo “indispensable” para el funcionamiento de la competencia en el mercado aguas abajo, al menos en el corto plazo;

13. Que, por todo lo anterior, a juicio de este ministro se debe continuar con el análisis de los efectos de la conducta de estrangulamiento de márgenes. Por ello, se procede a mirar los efectos de esta conducta en el mercado de muebles RTA. De existir ella, se estaría probando de paso la dominancia necesaria para la efectividad de esta conducta;

14. Que, de acuerdo a Silcosil, la conducta que llevó al estrangulamiento de sus márgenes sería por la vía de que Masisa incrementó el precio del insumo a niveles que impedirían a la demandante obtener ganancias aguas abajo. Por ello, lo que se debe acreditar es que el precio del insumo sería “anormalmente alto”. Así, la parte acusadora debe aportar la evidencia que permita al Tribunal formarse la convicción sobre la existencia del efecto anticompetitivo que la conducta imputada causa; en otras palabras, que tal conducta finalmente afectó negativamente a los consumidores de muebles RTA;

15. Que para determinar si un precio es anormalmente alto bastaría con mostrar que la conducta imputada elevó el costo marginal de largo plazo de Silcosil, lo que se daría, de acuerdo a la demandante, por la eliminación de descuentos a los que tenía acceso además de obligarla a comprar tableros de aglomerado melamínico de mayor precio;

16. Que, en efecto, según el correo electrónico que rola a fojas 462, lo declarado por el testigo Sr. San Martín Aguilera a fojas 1067 y 1068, y los acuerdos comerciales acompañados a fojas 372, consta en autos que en el año 2013 Masisa modificó las condiciones de venta de tableros de aglomerado a Silcosil y buscó imponer un nuevo acuerdo comercial en condiciones menos ventajosas a los términos del acuerdo vigente entre ambas partes desde el año 2010. En efecto, Silcosil habría intentado renovar el acuerdo comercial con la debida antelación, pero fue reticente a aceptar nuevas condiciones impuestas por Masisa. Por ello, a partir del año 2013, dejó de existir un acuerdo comercial entre ambas empresas y, en consecuencia, las compras que se realizaron con posterioridad dejaron de estar sujetas a “rebates” o descuentos condicionales aplicables por concepto de trazabilidad que regían bajo la vigencia del contrato. Estos últimos eran (o son) parte de una política comercial que permite a Masisa discriminar entre clientes y

entre canales de distribución, por la vía de ofrecer descuentos retroactivos dependiendo con quien esté negociando;

17. Que, aun más, la modificación de las condiciones de venta impuestas por Masisa trajo como consecuencia que Silcosil cambiara la mayor parte de su provisión de tableros de aglomerado melamínico hacia las importaciones, las cuales, según se ha indicado en las consideraciones quincuagésima quinta a quincuagésima novena, además de la consideración sexagésimo tercero, poseen un precio más elevado. Asimismo, debió enfrentar un mayor precio de venta por los escasos insumos que siguió comprando a Masisa. En consecuencia, el costo marginal de largo plazo de Silcosil -esto es, el precio que pagaba por el insumo sin considerar incluso descuentos o "rebates"- se vio incrementado como producto de la conducta de Masisa, monto que puede estimarse hasta en un 15% por el margen o mayor precio de los tableros importados;

18. Que, no obstante lo expuesto en las consideraciones anteriores, este ministro opina que no basta con elevar el costo de un rival para estar frente a un ilícito anticompetitivo, pues tal conducta requiere de la necesidad de una estrategia creíble de exclusión y los efectos adversos en los consumidores;

19. Que, en este orden de ideas, la demandada ha señalado que su política comercial es que los precios se fijen sobre el costo medio variable. Si bien esta es una medida de costos ampliamente utilizada en la literatura y en algunos precedentes internacionales, lo cierto es que de manera reciente tanto la doctrina como la jurisprudencia han avanzado en el reconocimiento que los costos medios evitables son un estándar más adecuado para el caso de firmas multiproducto. Asimismo, es necesario recordar que la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado de manera consistente que una firma incurre en una práctica predatoria si vende sus productos bajo tales costos medios evitables (véanse, por ejemplo, Sentencia 78/2008, c. 3º y Sentencia 103/2010, c. 33º). En consecuencia, para que la estrategia de exclusión fuese creíble o efectiva, se debe probar que Componentes comercializó muebles RTA bajo ese nivel de costos;

20. Que, además de la venta a un precio anormalmente alto aguas arriba, existe evidencia en autos que Componentes vendió bajo su costo operacional a Easy, el principal cliente de Silcosil previo a incurrir la práctica. De hecho, Componentes ha tenido pérdidas operacionales en los últimos tres años, lo que equivale a decir que, en promedio, ha vendido bajo su propio costo medio evitable. Explicaciones alternativas a estas pérdidas son siempre posibles, pero sólo en el corto plazo y bajo ningún motivo por un período de tres años. En efecto, la demandada presentó un informe económico que rola a fojas 703, complementado a fojas 1569, en el que concluye que Componentes no vendía bajo su propio costo medio evitable. Sin embargo, dicho informe posee supuestos que no son robustos, mientras que los estados financieros no requieren supuestos para mostrar la pérdida operacional experimentada por la acusada;

21. Que consistente con esta política de precios bajo costos de Componentes a Easy, Silcosil acreditó que fue capaz de venderle a este distribuidor en el año 2013 una partida de productos en que deliberadamente vendió bajo sus costos operacionales, según consta en declaración del testigo Sr. San Martín Aguilera a fojas 1086. En efecto, el Sr. San Martín Aguilera mencionó que fue bajando su oferta

a Easy hasta que llegado un cierto precio este distribuidor aceptó comprarle. Nada hace suponer a este ministro que los costos de Componentes sean inferiores a los de Silcosil, por lo que de ser efectivo lo declarado por este testigo, sería cierto que Componentes vendió bajo costo a Easy y así logró quitarle este cliente a Silcosil;

22. Que la conducta desplegada por la demandada derivó en que Silcosil perdió a su cliente Easy -que representaba en torno al 20% de sus ingresos- a manos de Masisa Componentes -la que también representa un porcentaje parecido de sus ventas- según lo declarado por el Sr. Meyer Casanova. Como consecuencia de esta estrategia, Silcosil vio aumentados sus costos operacionales de largo plazo lo que determinó, en este juego de interacción estratégica entre varias empresas rivales, que se redujera la participación de mercado de Silcosil en el mercado de muebles RTA. Como contrapartida, gracias a que vendió bajo costo, Componentes fue capaz de hacerse de un cliente importante y por ello aumentar su participación en este mercado;

23. Que a pesar del resultado anterior, esta política no tiene efectos adversos en los consumidores. En efecto, Componentes no puede sostener de manera permanente una política de venta de sus productos bajo costo y por ello los terminará subiendo hasta el precio al que originalmente Silcosil los vendía a Easy. Más caro que eso no puede cobrar por cuanto detenta una participación de mercado muy baja, nunca superior al 11% según se ha mencionado reiteradamente en esta sentencia, por lo que siempre enfrenta la competencia del 89% de mercado restante. En otras palabras, Componentes tiene poder de mercado, pero bastante bajo y nunca mayor al que detentaba originalmente Silcosil en este mismo mercado;

24. Que, como consecuencia, aunque Componentes sea capaz de recuperar en el tiempo sus pérdidas, esta ganancia debiera estar en un margen similar al que previamente obtenía Silcosil -nada hace suponer lo contrario- y, por ende, no hay posibilidad alguna que el precio de los muebles RTA se haya visto afectado en el largo plazo en este mercado relevante;

25. Que existiendo únicamente en el corto plazo una baja en los precios a los cuales Componentes le vendió a Easy luego de desplazar a Silcosil y no habiendo efectos en los precios de largo plazo en el mercado, se concluye que los consumidores se vieron beneficiados en el corto plazo y jamás perjudicados en el largo plazo por la política de estrangulamiento de márgenes seguida por Masisa. En otras palabras, este ministro concluye que sí existió esta práctica, pero ella no fue anticompetitiva como pretende Silcosil en su demanda;

26. En consecuencia, no existiendo una práctica que generara efectos anticompetitivos, se debe también rechazar la demanda interpuesta por Silcosil en contra de Masisa y de Componentes por estrangulamiento de márgenes anticompetitivos.



152/2016

SENTENCIA 152/2016 (Causa Rol C 297-15)

"Demanda de WSP Servicios Postales S.A. contra Superintendencia de Salud"

Fecha dictación: 30 de junio de 2016.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra, Javier Tapia Canales y Tomás Menchaca Olivares. Acordada con la prevención de los Ministros Domper y Menchaca.

Demandante: WSP Servicios Postales S.A.

Demandado: Superintendencia de Salud

Terceros: Correos de Chile y Consalud S.A.

Resumen de la controversia: WSP acusa a la Superintendencia de haber entregado a la Empresa Correos de Chile la exclusividad del envío de las cartas certificadas que, por mandato legal, las Instituciones de Salud Previsional o Isapres deben enviar a sus afiliados, impidiendo la participación de empresas privadas.

Mercado afectado: Entrega de las cartas certificadas.

Resolución del Tribunal: Se rechaza, sin costas, la demanda interpuesta, por considerar que la Superintendencia no infringió la libre competencia al encarar en forma exclusiva a la Empresa Correos de Chile el despacho de las cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados. Lo anterior porque se encuentra vigente el monopolio conferido por el D.F.L. N° 171 de 1960 a la Empresa Correos de Chile (sucesora legal del Servicio de Correos y Telégrafos) para el envío de correspondencia certificada.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 47.555 - 2016).

Temas que trata: Monopolio legal; barreras legales de entrada; actos propios.

Santiago, treinta de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 124, el 24 de septiembre de 2015, WSP Servicios Postales S.A. (en adelante, indistintamente, "WSP" o "Demandante") dedujo una demanda en contra de la Superintendencia de Salud (en adelante, indistintamente, "Superintendencia" o "Demandada"). En su demanda, WSP sostiene que la Superintendencia ha infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, "D.L. N° 211") al haber entregado a la Empresa Correos de Chile (en adelante, indistintamente, "Correos de Chile") la exclusividad del envío de las cartas certificadas que por mandato legal las Instituciones de Salud Previsional (en adelante, indistintamente, "Isapres") deben enviar a sus afiliados, impidiendo la participación de empresas privadas.

1.1. WSP señala que es una empresa privada de distribución de correspondencia y que ofrece el servicio de distribución denominado tracking mail. Dicho servicio permite rastrear y monitorear el estado de envío de la correspondencia por el sistema de posicionamiento global (en adelante, indistintamente, "GPS"), con un alto estándar de calidad y seguridad. Señala que sus principales clientes son las empresas del retail, los bancos y las Isapres.

1.2. Expone que los servicios de distribución de correspondencia se dividen en dos segmentos, principalmente: (i) servicio de courier, expresos y paquetería, que corresponde a los envíos livianos o pesados diversos de las cartas; y, (ii) servicio postal, que corresponde al envío de correspondencia de cuentas de servicios básicos, de bancos, de tiendas de retail y de cartas que por ley deben enviarse a determinados clientes, las cuales pueden ser despachadas en forma simple ("normales") o certificadas. Dentro de este último segmento -servicio postal- prestan servicios empresas como ChileExpress, Postal Chile, ChilePost, Correos Summus, Logexs, Correo Directo Enterprise, Servyentrega, Correos de Chile, DHL y WSP. Esta última gozaría de un 40% de participación en este segmento.

1.3. Indica que las cartas certificadas no cuentan con una definición legal, por lo que debe atenerse a lo que la práctica postal entiende como tal al interpretar algunas disposiciones. Para ello, cita el Decreto N° 394 de 22 de enero de 1957 del Ministerio del Interior (en adelante, indistintamente, "Reglamento para los Servicios de Correspondencia") que enumera las siguientes características que debe tener la correspondencia certificada para lograr su finalidad de otorgar certeza jurídica. En primer lugar, debe incluirse en una nómina o registro en la cual conste tanto la designación del remitente como la del receptor. En segundo lugar, la empresa de distribución debe asumir la obligación o compromiso de realizar la entrega y de certificar la fecha exacta de la misma. Por último, debe entregarse al remitente un comprobante del envío.

1.4. Arguye que los requisitos indicados en dicho reglamento, como el de la inclusión en un registro, la obligación de realizar la entrega y la de entregar un comprobante del envío al remitente, pueden ser cumplidos por las empresas privadas de distribución de correspondencia.

1.5. En relación con el objeto de la demanda, señala que por ley ciertas comunicaciones deben ser enviadas por carta certificada. Así, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 y el Decreto Supremo N° 3, ambos del Ministerio de Salud, estipularían, por ejemplo, que las adecuaciones anuales a los precios bases de los planes de salud y las cartas de autorización, modificación o rechazo de licencias médicas deben enviarse por carta certificada.

1.6. En este contexto, expresa que la Superintendencia de Salud ha dispuesto que las cartas certificadas que por mandato legal deben enviar las Isapres a sus afiliados corresponde hacerlo única y exclusivamente a través de Correos de Chile. Al respecto, enuncia el Ordinario Circular N° 1730, de 24 de mayo de 1994; el Ordinario Circular N° 22, de 2 de mayo de 2000; y los Oficios Circulares N° 16 y N° 17, de agosto de 2013. Indica que en el Ordinario Circular N° 1730 la Superintendencia le otorgó a Correos de Chile el monopolio del envío de cartas certificadas y que, luego, en el Ordinario Circular N° 22, cambió de criterio, pues distinguió entre las cartas certificadas que debían ser enviadas por disposición legal de aquéllas que debían ser enviadas por instrucción suya, autorizando a las empresas privadas para realizar los despachos respecto de estas últimas, reconociendo las condiciones de seguridad y calidad que éstas brindan. Señala que, sin embargo, con dicha resolución la Superintendencia resolvió mantener la exclusividad de Correos de Chile respecto de aquella correspondencia que debe enviarse en carácter de certificada por así disponerlo la ley, lo que comprendería la mayoría de las situaciones en que las Isapres deben enviar cartas certificadas.

1.7. Agrega que en agosto de 2013, dos días después de que en Correos de Chile se iniciara una huelga legal, la Superintendencia permitió que las empresas privadas participaran en el envío de toda la correspondencia certificada (Oficio Circular N° 16 de 2013). Sin embargo, con posterioridad, dejó sin efecto la anterior autorización y ordenó a las Isapres volver a despachar por Correos de Chile la correspondencia certificada ordenada por ley, restituyéndole la exclusividad del servicio (Oficio Circular N° 17 de 2013).

1.8. Expone que este último acto administrativo, así como los que le sirven de precedente, le habrían adjudicado a Correos de Chile la exclusividad total del servicio de cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados, en circunstancias que: (i) la Superintendencia tiene las facultades para permitir el envío de estas cartas a través de empresas privadas, pues no existe una prohibición legal expresa; (ii) esta facultad debe interpretarse en armonía con las demás normas que componen nuestro ordenamiento jurídico y sin violar otros bienes jurídicos tutelados por nuestra legislación, como lo son el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y la libre competencia en los mercados; y (iii) la Superintendencia ha reconocido expresamente que las empresas privadas pueden prestar dicho servicio bajo las mismas condiciones de calidad y seguridad, al punto de haberlo permitido en el pasado.

1.9. Sostiene que el mercado relevante sería el "envío dentro del territorio nacional de correspondencia que por disposición legal las Isapres deben despachar certificadamente a sus afiliados", atendido que no habría otro sus-

tituto de la correspondencia certificada. Concluye que esta industria se desarrolla en un mercado competitivo sin barreras naturales de entrada o salida, pero que sí existen barreras administrativas, como la que es objeto de esta demanda y la exención de Correos de Chile al pago del impuesto al valor agregado.

1.10. Agrega que la Superintendencia habría informado, en marzo de 2015, que las empresas aseguradoras modificarían los precios base de sus planes produciendo el alza de 2.117.083 beneficiarios, correspondiéndole a las Isapres comunicar esta situación a sus afiliados por carta certificada de Correos de Chile, sin posibilidad de contar con otros oferentes.

1.11. WSP argumenta que la Superintendencia ha justificado su conducta amparándose en el artículo 2° del D.F.L. N° 171 de 1960, Ley Orgánica del ex Servicio de Correos y Telégrafos, que concede la admisión, transporte y entrega de correspondencia al Estado. Señala que esta normativa no sólo se encontraría tácitamente derogada por la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, indistintamente, “CPR”), sino que también debería concordarse con los preceptos del Decreto Supremo N° 203 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, indistintamente, “Política Nacional Postal”), en virtud de la cual el Estado debería estimular la participación de los privados en el mercado en cuestión.

1.12. Por último, expone que la exclusividad de la que goza Correos de Chile no fue obtenida por mérito propio o por la capacidad comercial de la empresa estatal.

1.13. Indica que la Superintendencia se encuentra sujeta a la observancia y cumplimiento de la normativa que regula la libre competencia, lo que habría sido recogido en la Sentencia N° 105/2010 de este Tribunal, y que la exclusividad conferida por la Superintendencia infringiría el artículo 3° letra b) del D.L. N° 211, al excluir a las empresas privadas del mercado sin que exista razón legal ni técnica que lo justifique citando, al efecto, diversos instrumentos (Sentencia N° 26/2005 y 90/2009 de este Tribunal, el Acuerdo Extrajudicial de 6 de noviembre de 2014 entre las empresas Oben Holding Group S.A.C, Bopp Chile S.A. y Pack Film Chile SpA con la Fiscalía Nacional Económica, otros acuerdos conciliatorios y la Guía sobre Restricciones Verticales de la Fiscalía Nacional Económica).

1.14. Termina exponiendo que los actos relatados han perjudicado a las empresas privadas de correspondencia, las que podrían perfectamente ingresar al mercado; a las Isapres; y al consumidor final porque con estos actos se impediría el acceso a mejores condiciones, precios y calidad.

1.15. En mérito de lo descrito, WSP solicita a este Tribunal que:

- (i) Se declare que la Superintendencia de Salud ha ejecutado actos atentatorios de la libre competencia al entregar a Correos de Chile la exclusividad del envío de las cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados e impedir, con ello, la participación

de empresas privadas, infringiendo así el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley 211;

(ii) Se ordene el cese inmediato de las conductas anticompetitivas y se disponga su prohibición hacia futuro;

(iii) Se imponga a la demandada una multa de 4.500 Unidades Tributarias Anuales o aquella otra suma que el H. Tribunal estime procedente de acuerdo al mérito del proceso; y

(iv) Se condene a la demandada al pago de las costas.

2. A fojas 184, el 2 de noviembre de 2015, la Superintendencia de Salud contestó la demanda de WSP, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Indica que las imputaciones de WSP carecen de todo sustento, pues la ley otorgó a Correos de Chile el monopolio legal en el despacho de cartas certificadas. Por lo tanto, al dictar los oficios circulares cuestionados, sólo actuó en concordancia con el marco normativo vigente.

2.2. Expone que su objetivo es supervigilar y controlar a las Isapres, lo que implica, entre otras facultades, la de velar porque cumplan las obligaciones que les impone la ley. Entre estas obligaciones se encuentran las comunicaciones que deben enviar a sus afiliados por carta certificada (D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud), ya que sólo así se garantiza su conocimiento oportuno y efectivo por parte de los afiliados para que puedan ejercer eficazmente sus derechos y acciones.

2.3. Asimismo, expone que la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones legales dictó, fundadamente, el Oficio Circular N° 1730 de 1994 en el que concluyó que "cuando la ley dispone el envío de correspondencia por carta certificada, ésta debe hacerse a través de la Empresa Correos de Chile", lo que se mantuvo vigente en el Ordinario Circular N° 22, de 2000.

2.4. Explica que en el Oficio Circular N° 16 autorizó a las Isapres a emplear empresas privadas en el despacho de cartas certificadas de manera excepcional y sólo en tanto se mantuviera la huelga de Correos de Chile. Sin embargo, dicha autorización no reconocía ni otorgaba una competencia a los funcionarios de otras empresas de despacho -distintas a Correos de Chile- para realizar el envío de cartas certificadas. Por ello se ordenó a las Isapres acreditar la remisión y la entrega de las cartas en el domicilio del destinatario. Agrega que, una vez superada la huelga, dictó el Oficio Circular N° 17, restituyendo con ello el uso de Correos de Chile en lo que la normativa vigente ha previsto. Argumenta que esta última circular no sería una innovación, sino la simple aplicación de la normativa vigente.

2.5. Continúa manifestando que Correos de Chile cuenta con un monopolio conferido por ley en el despacho de la correspondencia certificada, respecto del cual no ha operado la derogación tácita.

2.6. Señala que el monopolio legal se funda en el DS N° 5037 de 1960 del Ministerio del Interior (en adelante, indistintamente, “Ley Orgánica del ex Servicio de Correos y Telégrafos”) que otorga el monopolio para la admisión, transporte y entrega de los objetos de correspondencia a Correos de Chile; el DS N° 394 de 1957 del Ministerio del Interior que estableció la posibilidad de que las cartas fueran certificadas; y el D.F.L. N° 10 de 1981 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que establece que la empresa Correos de Chile es la sucesora del ex Servicio de Correos y Telégrafos.

2.7. Lo anterior habría sido reconocido por (i) el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, indistintamente, “MTT”), autoridad del gobierno con la cual se relaciona Correos de Chile; (ii) la Contraloría General de la República (en adelante, indistintamente, “CGR”) a través de los dictámenes N° 14.362 de 28 de mayo de 1984 y N° 398 de 7 de enero de 1985, cuyo pronunciamiento es vinculante para la Superintendencia, según los dictámenes N° 398 y N° 61.817 de ese mismo organismo; la Sentencia Rol N° 4296-2002 de la Excm. Corte Suprema; ni la H. Comisión Preventiva Central en sus dictámenes N° 1066 de 1999 y N° 1.245 de 2003.

2.8. Concluye que, contrariamente a lo que señala la Demandante, no habría operado la derogación tácita. En primer lugar, WSP no identificaría la norma constitucional que derogaría el artículo 2° de la LOC de Correos ni describiría por qué sería imposible aplicar simultáneamente ambas normas; en segundo lugar, no existiría norma constitucional que plantee una contradicción con dicho artículo; en tercer lugar, porque las normas constitucionales son generales, por lo que no tendrían la aptitud de provocar una contradicción con una norma especial, según lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia; y, por último, porque la derogación sólo puede operar entre normas de igual jerarquía normativa.

2.9. Agrega que el monopolio legal de Correos de Chile tampoco sería inconsistente con la Política Nacional Postal. Señala que, en primer término, la afirmación de WSP contiene una contradicción, pues primero declara que el monopolio estaría derogado para luego sostener que debiera concordarse con la Política Nacional Postal. En segundo término, sostiene que, en el evento remoto de que existiera dicha contradicción, la LOC de Correos primaría por sobre el decreto supremo, atendida su mayor jerarquía normativa. Por último, señala que ambas normas son consistente entre sí. En efecto, indica que el artículo 6 de la Política Nacional Postal dispone que Correos de Chile es el responsable de implementar un servicio de envío de correspondencia dentro de todo el territorio nacional, dándole así el carácter de servicio público que justificó el otorgamiento de su monopolio. A continuación, reconoce que puedan existir otras entidades dedicadas al envío de correspondencia sólo en carácter de encargo y en lo que respecta a otras prestaciones postales, distintas del despacho de correspondencia. Por último, señala que refuerza lo anterior el artículo 8 del mismo cuerpo normativo que dispone que “en aquellas prestaciones postales con características monopólicas, las tasas serán fijadas por la autoridad”.

2.10. Agrega que debe cumplir y hacer cumplir a las entidades que fiscaliza el monopolio legal de Correos de Chile atendido lo dispuesto

en el artículo 6°, inciso primero, de la CPR y el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Por lo tanto, habría efectuado una interpretación administrativa, meramente declarativa, de las normas que rigen al sector, la que sería conforme a derecho, según resolvió la CGR (Dictamen N° 93.929 de 2014), y no una decisión discrecional ni constitutiva de derechos, como pretende WSP. Señala que con ello se excluiría la antijuridicidad de su actuar y, por lo tanto, mal podría reprochársele una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211.

2.11. Asimismo, expone que el monopolio legal de Correos de Chile obedece a una lógica y racionalidad derivada de la función pública, ya que como sucesora del ex Servicio de Correos y Telégrafos debe cumplir con obligaciones derivadas de su calidad de servicio público, esto es, el servicio postal universal y el autofinanciamiento, lo que ha llevado a que Correos de Chile sea la única empresa con cobertura desde Arica a la Antártica. Añade que la potestad pública entregada a Correos de Chile permite hacer fe de la fecha de recepción, expedición y entrega de las cartas certificadas, lo que es muy relevante si se considera la alta litigiosidad en la industria de la salud, donde muchas decisiones de las Isapres son cuestionadas por los afiliados dentro de plazos que comienzan a correr desde la entrega de la carta que contiene estas decisiones.

2.12. Arguye también que no sería procedente que, por un procedimiento contencioso como el de autos, este Tribunal acoja lo solicitado por WSP exigiendo a la Superintendencia que, por vía de una interpretación administrativa, derogue el referido monopolio, citando al efecto la Sentencia de 15 de junio de 2009 de la Excm. Corte Suprema. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento conforme al artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

2.13. Respecto del mercado relevante, señala que su definición carece de importancia atendido que lo cuestionado no es su conducta como agente económico, sino que la legalidad de sus actos como autoridad sectorial. Sin perjuicio de ello e ignorando la existencia del monopolio legal de Correos de Chile, el mercado relevante se podría definir como "los servicios de entrega de comunicaciones escritas entre emisores y receptores determinados en el territorio nacional", comprendiendo tanto el servicio prestado por medios electrónicos de comunicación como los físicos. Y dentro del servicio prestado por medios físico se podría segmentar en entrega con o sin seguimiento, en un alcance, al menos, nacional.

2.14. En subsidio de las alegaciones de fondo previamente enunciadas, opone la excepción de prescripción de los ilícitos imputados. Argumenta que si lo imputado es que la Superintendencia otorgó el monopolio del despacho de las cartas certificadas que las Isapres deben enviar por ley a sus afiliados, ello habría ocurrido desde la dictación de la Circular N° 1730, hace 21 años atrás, o bien desde la Circular N° 22, cuyo plazo de prescripción se habría cumplido el 2003, descartando la Circular N° 17, pues ésta no innovó de modo alguno en la materia. Asimismo, en subsidio de todo lo anterior, solicita que no se le imponga una multa, debido a que ha actuado en el marco del control de su legalidad.

3. A fojas 213, el 11 de noviembre de 2015, Correos de Chile se hizo parte indicando que las peticiones que contiene la demanda de WSP inciden directamente en su actividad porque buscan desconocer sus derechos como única entidad encargada del despacho de las cartas certificadas que por ley las Isapres deben enviar a sus afiliados, impugnando el monopolio postal que tendría Correos de Chile.

3.1. Manifiesta que es una empresa del Estado regida por el D.F.L. N° 10 del MTT, cuenta con patrimonio propio y personalidad jurídica y está sujeta a la fiscalización de la CGR. Indica que tiene a su cargo el servicio postal del país, cubriendo la totalidad del territorio nacional; y que es la empresa encargada de cumplir con los acuerdos y obligaciones que emanan de los convenios de tratados postales suscritos por el Estado.

3.2. Señala que lo que al contrario de lo que sostiene la Demandante entregar la exclusividad de un mercado a Correos de Chile no configuraría un ilícito del artículo 3° del D.L. N° 211 y menos aún constituiría un abuso de posición dominante en los términos de su letra b), porque la Superintendencia no es un actor del mercado. Además, en el supuesto de no existir justificación legal -lo que sí ocurriría en la especie-, la conducta se ajustaría a lo descrito en el artículo 4° de dicho decreto y no al invocado por la Demandante.

3.3. Expresa que Correos de Chile tiene un monopolio que se justifica en (i) el artículo 4° del D.L. N° 211 que admite la existencia de monopolios creados por ley; (ii) el artículo 2 del D.F.L. N° 171 de 1960 para la admisión, transporte y entrega de los objetos de correspondencia; (iii) que el envío de las cartas certificadas es una tarea que corresponde exclusivamente a Correos de Chile, pues el Decreto N° 394 de 1957 señala que los “objetos postales depositados en el Servicio [de Correos y Telégrafos, actual Correos de Chile] como certificados estarán sujetos al acondicionamiento que les corresponda de acuerdo a su clasificación”, por lo que la mera entrega por un particular que constate su recepción no constituiría un envío por carta certificada; (iv) consideraciones básicas de fe pública, pues Correos de Chile tendría un rol que podría asimilarse al de un garante o ministro de fe sujeto a normativas y procedimientos específicos que lo regulan, indicando que tal regulación no existiría en el caso de entregas realizadas por privados (Dictamen N° 84.659 de 2014), lo que se ve reforzado por la existencia de delitos específicos contemplados sólo para empleados de Correos de Chile (artículo 156 del Código Penal); y, por último, (v) la función pública de otorgar un servicio universal, según da cuenta la Política Nacional Postal y el artículo 1° del Convenio Postal Universal.

3.4. Dice que la demanda argumenta dos cuestiones separadas y contradictorias entre sí: primero, que el monopolio de Correos de Chile ha sido derogado tácitamente por la CPR de 1980; y, segundo, que las normas del D.F.L. N° 171 de 1960 -fuente legal del monopolio- deberían concordarse con las contenidas en el Decreto Supremo N° 203 de 1980.

3.5. Sobre la primera afirmación, señala que no existe norma constitucional alguna que derogue, expresa o tácitamente, el monopolio de Correos de Chile. Por el contrario, la Constitución reconoce la posibilidad de que existan monopolios. Luego, la derogación tácita sólo opera tratándose de contradic-

ciones entre normas de un mismo rango, pero no tratándose de normas de distinta jerarquía.

3.6. Agrega que, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se ha reconocido el monopolio legal de Correos de Chile en varias oportunidades y a través de diversos instrumentos, como la Ley N° 18.016 de 1981 (en cuya tramitación fue discutida y expresamente rechazada la derogación de dicho monopolio); el D.F.L. N° 10 de 1982; la Sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 458-97; la Sentencia de la Corte de Apelaciones en la causa Rol N° 3817-98; el Dictamen N° 1.245 de la Comisión Preventiva Central de 2003; la Resolución N° 104 de 1981 de la Comisión Resolutiva; y los dictámenes N° 14.362 de 1984, N° 398 de 1985, N° 55.270 de 2003 y N° 84.659 de 2014, todos de la Contraloría General de la República.

3.7. Manifiesta que el DS N° 203 de 1980, citado por la Demandante, no modifica de manera alguna el artículo 2° del D.F.L. N° 171 de 1960. Esto porque el decreto supremo constituye un acto administrativo que debe concordarse con la norma de rango legal y no al revés. Por otro lado, agrega que dicho DS dispone que el Estado es el responsable de implementar un servicio de envío de correspondencia dentro de todo el territorio nacional y que las cartas son correspondencia. Luego, y sólo respecto de otras prestaciones postales distintas a la correspondencia, el Estado estimularía la participación del sector privado. Por consiguiente, el Estado no podría autorizar la participación del sector privado en el envío de correspondencia.

3.8. Continúa manifestando que es improcedente que un procedimiento contencioso se concluya con una recomendación de derogación o modificación normativa, citando al efecto la Sentencia de la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N° 1855-2009.

3.9. Arguye que sin perjuicio de los argumentos presentados anteriormente, el acto de la Superintendencia que causa agravio se encontraría prescrito pues, en los hechos, el Oficio Circular N° 17 de 2013 data del año 1994, en cuanto es un acto confirmatorio de las Circulares N° 1.730 y N° 22. Agrega que la autorización conferida en la Circular N° 16 de 2013 para que las empresas privadas enviaran cartas certificadas fue de carácter excepcional, motivada por la huelga de Correos de Chile y carente de sustento jurídico.

3.10. Respecto al mercado relevante, indica que el definido por la Demandante se encuentra artificialmente restringido y es errado, pues llevaría al absurdo que existirían tantos mercados relevantes como leyes que ordenen efectuar notificaciones por cartas certificadas. Además, hace presente que para Correos de Chile el número de cartas certificadas que deben enviar por ley las Isapres es sumamente bajo, representando tan sólo el 18% de total de las mismas.

3.11. Indica que, si se desnaturaliza la carta certificada -de la cual Correos de Chile tiene su monopolio- y se le da el carácter de despacho con seguimiento no regulado, donde la fe pública no tiene relevancia, el mercado relevante debiera incluir todas las cartas certificadas y despachos que se realicen con seguimiento y constancia de envío dentro del territorio nacional,

en donde WSP sería un actor significativo de dicho mercado con un 40%, tal como ella confiesa. De este modo, la actuación de la Superintendencia no tendría siquiera la aptitud de vulnerar las normas del D.L. N° 211.

3.12. Termina reafirmando que la conducta descrita en la demanda se ajusta al artículo 4° del D.L. N° 211 y no al artículo 3° del mismo cuerpo legal. Agrega que, en este caso, resulta claro que la Superintendencia ni siquiera participa en el mercado por lo que no puede incurrir en el ilícito que se le acusa.

4. A fojas 236, el 15 de diciembre de 2015, se hizo parte Isapre Consalud S.A. (en adelante, indistintamente, “Consalud”), señalando que las Isapres se ven afectadas porque estarían obligadas, por disposición de la autoridad, a contratar con Correos de Chile las cartas certificadas que por ley deben enviar a sus afiliados, sin posibilidad de acceder a los mejores precios o calidad de servicio que generaría la existencia de competencia entre distintas empresas de correspondencia postal.

5. Prueba documental acompañada:

5.1. Por parte de WSP: a fojas 124: (i) Oficio Circular N° 1.730 de 1994 de la Superintendencia de Salud; (ii) Circular N° 36 de 1997 de la Superintendencia de Salud; (iii) Ordinario Circular N° 22 de 2000 de la Superintendencia de Salud; (iv) Circular N° 64 de 2002 de la Superintendencia de Salud; (v) Circular IF N° 178 de 2012 de la Superintendencia de Salud; (vi) Oficio Circular IF N° 16 de 2013 de la Superintendencia de Salud; (vii) Oficio Circular IF N° 17 de 2013 de la Superintendencia de Salud; (viii) documento “Análisis de la banda de precios del sistema Isapres; (ix) documento “Noticias Superintendencia de Salud”, y (x) guía para entidades fiscales del Servicio de Impuestos Internos. A fojas 421, Informe en Derecho de Enrique Navarro Beltrán

5.2. Por parte de la Superintendencia de Salud: a fojas 184: (i) Ordinario N° 6.188 de 2012; (ii) Resumen de Dictamen N° 14.362 de 1984; (iii) Resumen de Dictamen de N° 398 de 1985, y (iv) Dictamen N° 84.659 de 2014

5.3. Por parte de Correos de Chile: a fojas 346: (i) dos informes en derecho de de Francisco Zúñiga y (ii) informe en derecho de Olga Feliú.

6. A fojas 238, el 16 de diciembre de 2015, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia de 16 de marzo de 2016, según consta en el certificado que rola a fojas 528.

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que, en su demanda de fojas 124, WSP señala que la Superintendencia habría entregado a Correos de Chile, en forma exclusiva, el servicio de envío de cartas certificadas que, por mandato legal, las Isapres deben enviar a sus afiliados, lo cual, a su juicio, sería contrario al D.L. 211. La conducta anticompetitiva se habría materializado con la dictación, por parte de la Demandada, del Oficio Circular N° 17 de 2013 y de su precedente, el Ordinario Circular N° 22 de 2000. A decir de WSP, esta

conducta habría ocasionado perjuicios a las empresas privadas que prestan servicios de correspondencia (entre las cuales se encuentra la Demandante), quienes no podrían ingresar al mercado; a las Isapres, quienes deberían soportar las condiciones y precios impuestos por Correos de Chile; y a los consumidores finales, quienes tendrían que soportar mayores costos y riesgos;

Segundo:

Que, en sustento de su posición, la Demandante acompañó los siguientes documentos emanados de la Superintendencia de Salud: (i) Oficio Circular N° 1730 de 1994, que indica que Correos de Chile tiene la exclusividad en el envío de toda correspondencia certificada; (ii) Circular N° 36 de 1997, que define carta certificada como la "comunicación que remite la isapre a sus afiliados y/o empleadores, cuyo envío al domicilio de éstos puede ser acreditado por la Empresa de Correos de Chile o por una empresa privada de correo, a excepción de la carta certificada que debe remitirse en virtud del proceso de adecuación dispuesto en el artículo 38, inciso 3°, de la Ley N° 18.933, en cuyo caso ésta deberá ser remitida sólo a través de la Empresa Correos de Chile"; (iii) Ordinario Circular N° 22 de 2000, que expresamente cambia el criterio del Oficio Circular N° 1730 autorizando a las empresas privadas de correos a enviar las cartas certificadas ordenadas por la Superintendencia, sin perjuicio de mantener la exclusividad de Correos de Chile en la correspondencia certificada ordenada por ley; (iv) Circular N° 64 de 2002, que mantiene la definición de la Circular N° 36; (v) Circular IF N° 178 de 2012, que instruye a las Isapres sobre la posibilidad de notificar a los afiliados, a través de correo electrónico, determinadas actuaciones que en ella se indican; (vi) Oficio Circular IF N° 16 de 2013, que permitió, excepcionalmente, mientras se mantenía la huelga de Correos de Chile, la participación de las empresas privadas en el envío de toda correspondencia certificada, sea de aquella ordenada por ley o por la Superintendencia; (vii) Oficio Circular IF N° 17 de 2013, que autorizó a las empresas privadas de correos a enviar las cartas certificadas ordenadas por la Superintendencia, sin perjuicio de mantener la exclusividad de Correos de Chile en la correspondencia certificada ordenada por ley, al igual que el Oficio Circular N° 22 de 2000;

Tercero:

Que, a fojas 184, la Superintendencia contestó la demanda solicitando tanto su rechazo, con costas, como que se declare que no ha infringido el D.L. N° 211, al haber actuado conforme a la normativa vigente y siguiendo los dictámenes emanados de la Contraloría General de la República. En particular, indicó que los dictámenes N° 14.362, de 28 de mayo de 1984, y N° 398, de 7 de enero de 1985, de este último organismo, habrían confirmado la vigencia del monopolio legal de Correos de Chile; siendo los dictámenes de dicho órgano vinculantes para la Superintendencia, atendido lo dispuesto en la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, y lo mandatado por ese mismo organismo mediante Dictamen N° 61.817 de 2006 y por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 4296-2002, de 18 de diciembre de 2002. En subsidio, la Demandada alega que la acción de WSP estaría prescrita, porque habría transcurrido con creces el plazo establecido en el D.L. N° 211 desde que fue dictada la primera circular que reguló este tema;

Cuarto:

Que, a fojas 213, Correos de Chile se hizo parte en esta causa como tercero coadyuvante de la Superintendencia, reafirmando el monopolio legal que dicha empresa tendría en el despacho de las cartas certificadas. Por su parte, a fojas 236, Consalud

se hizo parte en esta causa como tercero coadyuvante de WSP, indicando que la actuación de la Superintendencia le ha afectado, al no poder acceder a mejores condiciones y precios por parte de un número mayor de oferentes de los servicios de cartas certificadas;

Quinto:

Que los hechos objeto del presente juicio –en especial, la dictación de los oficios señalados en la consideración segunda y su contenido– no fueron controvertidos por las partes, por lo que la causa no fue recibida a prueba. Por lo anterior, sólo corresponde que este Tribunal efectúe un análisis de los hechos y los califique jurídicamente, a lo cual se abocan las consideraciones siguientes;

Sexto:

Que, para establecer si la conducta demandada es anticompetitiva, se debe determinar si la Superintendencia tiene la obligación legal de encargar el despacho de las cartas certificadas enviadas por las Isapres a sus afiliados en forma exclusiva a Correos de Chile o si, por el contrario, dicho envío por parte de otras entidades se encuentra amparado legalmente. Para estos efectos, se debe discernir si Correos de Chile mantiene, como alegan la Demandada y la propia empresa estatal, un monopolio legal vigente en el despacho de cartas certificadas, pues en ese caso la demandada, al respetarlo, habría actuado conforme al ordenamiento jurídico;

Séptimo:

Que las partes no controvierten el monopolio de Correos de Chile para la entrega de las cartas certificadas hasta el año 1980 ni las razones subyacentes a dicha calificación. La demandante cuestiona únicamente su vigencia a partir de ese año con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República y, en particular, del derecho a desarrollar toda actividad económica. Por ello, es necesario, en primer lugar, determinar la extensión del monopolio conferido originalmente a Correos de Chile con el fin de analizar, luego, los términos bajo los cuales aquel se encontraría o no vigente al tiempo de los hechos de la presente causa;

Octavo:

Que, de acuerdo con los antecedentes allegados al proceso, la Ley N° 4.402 de 1928 confirió un monopolio al Servicio de Correos y Telégrafos, sucedido legalmente por Empresa Correos de Chile en virtud de lo dispuesto en el D.F.L. N° 10 de 1981, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (dado que este cambio de denominación no es relevante para resolver la contienda de autos, en lo sucesivo sólo se utilizará la expresión “Correos de Chile”). Este carácter monopólico se reiteraría posteriormente en la Ley N° 7.392 de 1942 y en el artículo 2° del D.F.L. N° 171, de 1960. En cada uno de estos tres cuerpos legales se menciona de manera expresa que el monopolio se extiende a la correspondencia, en general, e incluye a las cartas, en particular. Así, el último de los cuerpos legales señalados lo establece en los siguientes términos: “El Estado ejercerá, por intermedio del Correo, el monopolio para la admisión, transporte y entrega de los objetos de correspondencia”. Inmediatamente a continuación, la disposición señala que “se denominan objetos de correspondencia, las cartas, tarjetas postales sencillas y con respuesta pagada, papeles de negocios, diarios e impresos de toda naturaleza, comprendidos en ellos las impresiones en relieve para el uso de los ciegos, muestras de mercaderías, pequeños paquetes hasta de un kilo y fono postales”;

Noveno:

Que el artículo 2° del D.F.L. N° 171 de 1960 estableció una serie de excepciones al monopolio de Correos de Chile sobre la correspondencia. En primer término, precisó que "los particulares podrán hacer libremente el reparto de diarios, revistas y periódicos". Luego, indicó que el monopolio no se aplica "a) A las cartas y demás objetos de correspondencia de un solo remitente que una persona lleve consigo para entregar directamente a otra en forma gratuita; // b) Al reparto de correspondencia ya franqueada por el Correo que particulares efectúen bajo el control del Servicio de Correos y Telégrafos; // c) Al transporte de los objetos que la Dirección General no acepte o acepte condicionalmente, y // d) A los objetos con respecto a los cuales la Dirección General autorice que queden exentos del monopolio postal". Asimismo, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 748 del Ministerio del Interior de 1962 dispuso que "se exceptúan del monopolio postal los casos en que se trate de los siguientes objetos: a. La correspondencia que las empresas o sociedades envíen para sus empleados u organismos y que verse sobre asuntos relacionados con sus actividades, siempre que para la conducción se utilicen los medios y personal de las mismas empresas o sociedades. // b. Las que los remitentes envíen por medio de miembros de su familia o sirvientes domésticos, y // c. Las muestras de mercaderías sin valor, siempre que los envíos de un mismo remitente no excedan del peso de cinco kilogramos en conjunto".

Décimo:

Que el artículo 8° del citado D.F.L. N° 171 de 1960 encomendó a Correos de Chile supervigilar "que se cumpla eficientemente el tráfico de comunicaciones que hagan las empresas particulares que transporten correspondencia", pudiendo al efecto sancionar a las infractoras (artículo 81 del citado D.F.L.);

Undécimo:

Que en relación con las cartas, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 748 del Ministerio del Interior de 1962 las define como "[...] todo objeto de correspondencia sellado, cosido o cerrado, de manera que no pueda ser abierto sin la ruptura o desgarramiento del embalaje, o sin el empleo de elementos auxiliares, y todos los envíos no cerrados de correspondencia escrita que contengan comunicaciones sobre asuntos de actualidad o personales y que no sean tarjetas postales", definición similar a la contenida con anterioridad en el Decreto N° 394 de 1957. Por su parte, el artículo 15 de este último decreto define a la tarjeta postal indicando solamente que es aquella cuya dimensión no puede exceder de 15 por 10,5 centímetros ni menores a 10 por 7 centímetros;

Duodécimo:

Que, con posterioridad, la Subsecretaría de Telecomunicaciones dictó el D.S. N° 208, de 1980, el que también hizo referencia a la correspondencia, circunscribiéndola ahora a una especie dentro del género que denominó "Servicio Postal". En efecto, su artículo 2° señala que "[e]l Servicio Postal es aquel que tiene como objeto la admisión, transporte y entrega de: envío de correspondencia, encomiendas, giros postales y todas aquellas prestaciones que la legislación define como tales", precisando, a continuación, en su artículo 3°, que "[s]e considera envío de correspondencia a los siguientes objetos: cartas, tarjetas postales, impresos, cecogramas, pequeños paquetes"; que "[s]on encomiendas aquellos paquetes que contienen cualquier tipo de producto, mercaderías u objetos permitidos que se expiden cerrados cuyo embalaje y cierre impide que se atente contra su contenido. Su peso

máximo es de 10 kgs”; y que “[e]s giro postal aquel servicio monetario o financiero mediante el cual se dispone el pago entre oficinas postales de sumas de dinero a un destinatario por cuenta de terceros”. Es decir, el Servicio Postal incluye al menos tres clases de servicios: correspondencia, encomiendas y giros postales;

Decimotercero:

Que, como se observa, las definiciones de correspondencia dadas tanto por el aludido D.F.L. N° 171 de 1960 como por el citado D.S. N° 208 de 1980 son similares, lo que resulta concordante con la jerarquía de ambos cuerpos normativos. Además, los dos incluyen a las cartas dentro del concepto de correspondencia;

Decimocuarto:

Que la correspondencia (y, por ende, la carta) puede ser expedida en carácter de certificada o sin certificación. Esto se desprende de diversas disposiciones legales y reglamentarias donde, sin embargo, no existe una definición expresa de estas formas de expedición. En efecto, los artículos 21, 23 y 24 del Decreto 394 sólo mencionan los requisitos y procedimientos para la expedición certificada. Entre estos requisitos se encuentra el de contar con un formulario de aviso de recepción para comprobar la correcta entrega de la correspondencia, o bien, anunciar en tres oportunidades cuando lo encomendado no hubiese sido entregado a su destinatario o a las personas autorizadas;

Decimoquinto:

Que, por consiguiente, desde un punto de vista normativo, el monopolio conferido a Correos de Chile por el D.F.L. N° 171 de 1960 comprende la correspondencia, dentro de la que se incluyen las cartas; las que, a su vez, pueden ser expedidas de manera certificada;

Decimosexto:

Que establecido el ámbito del monopolio de Correos de Chile sobre la entrega de cartas certificadas, se debe determinar la vigencia del mismo, a partir de la Constitución de 1980 y de la dictación del Decreto Supremo N° 203 de 1980 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprobó la Política Nacional Postal. Las partes, como se ha señalado, interpretan de distinta manera dichas normas para establecer si este monopolio de Correos continúa vigente;

Decimoséptimo:

Que, según WSP, el artículo 2° del D.F.L. N° 171 de 1960 estaría tácitamente derogado por la dictación de la Constitución Política de la República de 1980. Para sustentar su afirmación sobre este punto acompañó, a fojas 424, un informe en derecho de acuerdo al cual esta normativa se encontraría derogada por la Constitución Política “por cuanto se opone a los valores y principios que ha consagrado nuestra Constitución Política de la República; lesiona, asimismo, el derecho a competir [...]; y desconoce el bien jurídico que debe cautelar la libre competencia [...], cuya misión es, principalmente, brindarle la protección respectiva a este importante valor jurídico social y, a su turno, a la garantía constitucional de la libertad de empresa o actividad económica” (citas de fojas 355 y 357). Luego, como segunda argumentación relativa a la vigencia del monopolio de Correos de Chile, la demandante afirma también que la citada disposición legal de 1960 debería concordarse con los preceptos del Decreto Supremo N° 203, que establece que el Estado debe promover la participación del sector privado en el envío de la correspondencia, por lo que sería insostenible la mantención de aquél;

Decimoctavo:

Que la Superintendencia y Correos de Chile controvirtieron ambas argumentaciones. Respecto de la primera, indicaron que el monopolio de Correos de Chile se encuentra plenamente vigente, pues la Constitución Política de la República no lo habría derogado, ni expresa ni tácitamente. Explican que la derogación tácita se daría entre normas de igual jerarquía y que, a lo sumo, podría existir una inconstitucionalidad sobrevenida, la que no sería posible de ser declarada en este tipo de procedimiento. Enseguida, respecto de la segunda argumentación, sostienen que no existiría ninguna contradicción entre el artículo 2 del D.F.L. 171 de 1960 y la Política Nacional Postal, y que, en todo caso, es esta última la que debería ser concordada con la ley y no a la inversa, atendida la menor jerarquía del cuerpo normativo que la contiene;

Decimonoveno:

Que atendidas las posiciones de ambas partes, para resolver el primer argumento resulta necesario determinar, primero, qué es la derogación tácita; luego, establecer si esa es la figura jurídica aplicable al caso concreto o corresponde aplicar otra (como la inconstitucionalidad sobrevenida); y, finalmente, hacer aplicación concreta de la figura que corresponda;

Vigésimo:

Que la derogación tácita se encuentra regulada en los artículos 52 y 53 del Código Civil. Mientras el primero dispone, en su parte pertinente, que la derogación "[e]s tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de una ley anterior", el segundo precisa que la derogación tácita es siempre parcial, pues "[...] deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". Lo que subyace a esta figura jurídica es una pregunta por la aplicabilidad temporal de una norma a un caso concreto, bajo el supuesto de que se ha producido una antinomia (de primer grado), esto es, un conflicto entre ella y otra en principio aplicable a un mismo caso (A. Bascuñán, "Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 2000, pp. 227-261);

Vigésimo primero:

Que, sin embargo, existe controversia en torno a la aplicación de la derogación tácita tratándose de normas de distinta jerarquía, la cual se expresa tanto a nivel doctrinario (véase, por ejemplo, J.C. Rojas, *La Derogación Tácita de Preceptos Preconstitucionales por la Jurisdicción Ordinaria: Análisis Jurisprudencial después de la Reforma Constitucional de 2005*, Editorial Metropolitana, 2013; y L.A. Silva, "La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Héctor Enrique Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, rol 1018-09", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18 N°1, 2011, pp. 307-315), como a nivel jurisprudencial (por ejemplo, véase la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 991-07, de 29 de enero de 2009; y la sentencia de la Excm. Corte Suprema rol N° 6252-09, de 29 de abril de 2011). Mientras para algunos la derogación tácita no tendría cabida para resolver una supuesta incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de rango legal preconstitucional, pues en este caso no se trataría de un problema de temporalidad normativa, sino de simple jerarquía, para otros sería una institución plenamente aplicable que operaría en un plano diferente a la inconstitucionalidad;

Vigésimo segundo:

Que sin perjuicio de la existencia y valor de esta discusión, lo cierto es que la eventual aplicación de una u otra figura legal supone la existencia previa de una antinomia que debe ser solucionada judicialmente. En este sentido –y sin siquiera discurrir en torno a la aplicabilidad directa de la Constitución Política de la República para solucionar conflictos en sede de libre competencia–, el presupuesto necesario para configurar y constituir en sede judicial una derogación táctica o una inconstitucionalidad sobrevenida es una contradicción normativa entre dos preceptos; de igual jerarquía, en el primer caso, y de distinta jerarquía, en el último;

Vigésimo tercero:

Que en el presente caso, sin embargo, no se evidencia tal conflicto. No existe contradicción entre las dos disposiciones normativas invocadas –la constitucional posterior y la legal preconstitucional–, pues no puede entenderse que la Constitución Política de la República haya puesto fin a la vigencia del monopolio de Correos de Chile. En efecto, su artículo 19 N° 21 establece expresamente que el ejercicio de la garantía constitucional denominada “libertad de empresa” debe respetar las normas legales que la regulen, dentro de las cuales pueden estar, por cierto, aquellas que confieren monopolios. En este sentido, si bien es cierto que por regla general las actividades económicas pueden ser desarrolladas en un régimen de libre y sana competencia, existen algunas respecto de las que el legislador, por diversas razones de política pública, puede optar porque su ejercicio sea realizado por un solo agente económico, sea éste público o privado;

Vigésimo cuarto:

Que, a mayor abundamiento, no existe en ninguna otra parte del texto constitucional norma alguna que permita sustentar una interpretación contraria. Por el contrario, la propia Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24, declara como no concesionables a los hidrocarburos líquidos y gaseosos, y establece sobre ellos un dominio estatal absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible; monopolio que, como es sabido, es ejercido por la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), empresa del Estado creada por la Ley N° 9.618, de fecha 19 de junio de 1950. Mal podría concluirse, entonces, que la Carta Fundamental rechaza los monopolios como una cuestión de principios o de reglas;

Vigésimo quinto:

Que la interpretación de la Constitución Política de la República como compatible con la existencia de monopolios es, además, coherente con el propio sistema de libre competencia. Primero, es compatible con lo dispuesto en el artículo 4° del D.L. N° 211, cuyo texto actual fue aprobado en el año 2003, con ocasión de la dictación de la Ley N° 19.911; el cual, a mayor abundamiento, no ha sido objeto de cuestionamiento de inconstitucionalidad alguno. De acuerdo a esta disposición “no podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice”. Como se aprecia, la única condición que establece la normativa de libre competencia para la prestación de una actividad económica en condiciones monopólicas es que ella haya sido autorizada por una ley. En segundo término, este mismo Tribunal se ha pronunciado acerca de la conveniencia de mantener monopolios vigentes con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República,

siguiendo el procedimiento del artículo 18 N° 4 del D.L. 211, precisamente bajo la premisa implícita de que tales monopolios gozan de validez con posterioridad a la vigencia de la Constitución (véase, por ejemplo, la Resolución de término ERN Rol N° 17-2013);

Vigésimo sexto:

Que, a mayor abundamiento, con posterioridad a la dictación de la Constitución de 1980 han existido diversos reconocimientos del monopolio legal de Correos de Chile. Primero, la historia fidedigna de la Ley N° 18.016, de 1981, y del D.F.L. N° 10, de 1982, muestra que la derogación de dicho monopolio fue discutida y expresamente rechazada. Segundo, los tribunales superiores de justicia lo han ratificado (véanse Sentencia de la Corte Suprema Rol 458-97, de 1997, y Sentencia de la Corte de Apelaciones Rol N° 3817-98, de 1998). En tercer término, las propias autoridades de libre competencia también han reconocido dicho monopolio, por ejemplo en los Dictámenes N° 1.066 de 1999 y N° 1.245 de 2003 de la Comisión Preventiva Central y en la Resolución N° 104 de 1981 de la Comisión Resolutiva. Es más, en esta última resolución la Comisión requirió su derogación por ley, no siendo finalmente aceptada. Por último, la Contraloría General de la República también ha reconocido en múltiples ocasiones este monopolio (por ejemplo a través de sus Dictámenes N° 14.362, de 1984, N° 398, de 1985, N° 10.729, de 1985, N° 4.706 y 4.707, de 1986, y N° 55.270 de 2003);

Vigésimo séptimo:

Que, atendidos los razonamientos precedentes, la vigencia del monopolio de Correos de Chile para la "admisión, transporte y entrega de los objetos de correspondencia [...]", autorizado por el artículo 2 del D.F.L. N° 171 de 1960, no puede ser cuestionada desde el punto de vista constitucional. Por esto, el primer argumento relativo presentado por WSP debe ser desechado;

Vigésimo octavo:

Que, por su parte, tampoco se puede entender que ha sido derogado el monopolio de Correos de Chile producto de la sola dictación del D.S. N° 203, que aprobó la Política Nacional Postal, pues no corresponde que un precepto de mayor jerarquía, como es la Ley Orgánica de Correos de Chile, deba adecuarse interpretativamente a un criterio establecido en una norma de menor jerarquía, como lo es el mencionado decreto supremo. Por esto, el segundo argumento relativo a la vigencia actual del monopolio de Correos de Chile presentado por WSP debe también ser desechado;

Vigésimo noveno:

Que además del argumento de inconstitucionalidad, durante los alegatos en audiencia pública de la presente causa WSP presentó una segunda línea argumentativa de naturaleza diversa, que implica afirmar que una actuación práctica puede, desde la perspectiva de la competencia, ser valorada con independencia de su estricta sujeción a la legalidad, pues son los efectos "reales" del acto los que resultan anticompetitivos;

Trigésimo:

Que, en efecto, WSP -y en términos similares Consalud- sostuvo que la Superintendencia habría contravenido sus actos propios, pues en diversas oportunidades habría reconocido que las cartas certificadas pueden ser enviadas por las empresas

de correo privados. Para estos efectos, citó las Circulares N° 36 de 1997 y N° 64 de 2002 de la Superintendencia (acompañadas a fojas 3 y 38, respectivamente), que establecieron que el envío de las cartas certificadas que las Isapres remiten al domicilio de sus afiliados y empleadores “puede ser acreditado por la Empresa de Correos de Chile o por una empresa privada de correo, a excepción de la carta certificada que debe remitirse en virtud del proceso de adecuación dispuesto en el artículo 38, inciso 3°, de la Ley N° 18.933, en cuyo caso ésta deberá ser remitida sólo a través de la Empresa Correos de Chile”. Dicho criterio habría sido reiterado en la Circular N° 178 de 2012. Por último, el Ordinario N° 22 de 2000 y el Oficio Circular N° 16 de la misma Superintendencia habrían permitido que las empresas privadas envíen cartas certificadas, señalando en el primero de ellos que en su experiencia fiscalizadora se “ha puesto en evidencia la eficacia del servicio que prestan empresas de correos privados para el cumplimiento de la finalidad de certeza jurídica que persigue la utilización de correspondencia certificada”. Estas actuaciones no fueron controvertidas por la Superintendencia;

Trigésimo primero:

Que, en la misma línea, WSP señaló en estrados que en los hechos, además de Correos de Chile, existen en el mercado diversas empresas privadas que ofrecen servicios de correspondencia y, en particular, de entrega de cartas certificadas. En su alegato afirmó que existiría un reconocimiento por parte de los propios tribunales de justicia de notificaciones efectuadas mediante cartas certificadas despachadas por empresas privadas, como las notificaciones de cartas de despido y algunas notificaciones de resoluciones judiciales, acompañando ad effectum videndi diversos documentos;

Trigésimo segundo:

Que, sin embargo –y obviando por ahora el hecho evidente que los actos administrativos de un organismo fiscalizador (como las circulares citadas en la consideración segunda) no pueden derogar lo señalado en una ley– la excepcionalidad de la autorización dada por la Superintendencia, explicitada en el respectivo acto y reconocida por la propia Demandante, permite desvirtuar el argumento de WSP. En efecto, como se observa de la sola lectura de los actos indicados, sólo en el Oficio Circular N° 16 de agosto de 2013 se permitió a la Isapres, de manera excepcional, encargar a empresas privadas de correo el despacho de la correspondencia certificada ordenada por ley. Tal como fue reconocido por la propia demandante en su demanda, tal oficio circular fue emitido por la autoridad en una situación de emergencia como lo fue la huelga de Correos de Chile. Por consiguiente, de este hecho no puede desprenderse una conducta permanente de la demandada que contravenga sus propios actos.

Trigésimo tercero:

Que, por todo lo anterior, y sin perjuicio de la opinión que pueda tenerse respecto de la conveniencia para la libre competencia de la existencia de empresas privadas de correos que también presten servicios de correspondencia, lo cierto es que los hechos descritos en el presente caso no permiten sostener que el monopolio que tiene Correos de Chile para la entrega de cartas certificadas no se encuentra vigente, no establecen una excepción al mismo, ni mucho menos permiten a la Superintendencia actuar en contravención a la ley. Del mismo modo, tampoco puede entenderse derogado dicho monopolio incluso si se atribuyera una eventual falta de fiscalización a Correos de Chile, como alega WSP;

Trigésimo cuarto:

Que, en consecuencia, se rechazará la demanda de WSP en todas sus partes, no siendo necesario que este Tribunal se pronuncie respecto de la excepción de prescripción opuesta por la Superintendencia en forma subsidiaria a sus alegaciones de fondo;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1°, inciso segundo; 2°; 3°, inciso primero y letra b); 4; 18° N° 1); 22°; 26° y 29° del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

1) RECHAZAR la demanda de fojas 124 interpuesta por WSP Servicios Postales S.A.;

2) NO CONDENAR en costas a la demandante por haber tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que la Ministra Domper y el Sr. Menchaca, si bien concurren a la decisión, consideran que la existencia de empresas privadas que ofrecen servicios de correspondencia, y el hecho que la propia Superintendencia haya autorizado el envío por dichas empresas de aquellas cartas con constancia de recepción por el destinatario cuya remisión por carta certificada no es ordenada por ley, es positivo desde el punto de vista de la libre competencia.

SENTENCIA 153/2016 (Causa Rol C 287-14)

"Demanda de Constetel en contra de Telefónica Móviles Chile S.A."

Fecha dictación: 4 de agosto de 2016.

Ministros que concurren a la vista: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra y Jaime Arancibia Mattar.

Demandante: Constetel Ltda.

Demandado: Telefónica Móviles Chile S.A.

Resumen de la controversia: Constetel acusó a Telefónica de haber realizado una explotación abusiva de su posición dominante, la que habría consistido, por una parte, en realizar prácticas exclusorias mediante el corte de servicio el 6 de septiembre del año 2014 de líneas telefónicas pertenecientes a dos planes de telefonía celular, a saber, los planes MDG 2000 y B5A Sparta (en adelante indistintamente "los Planes"); y, por otra, haber discriminado arbitrariamente a Constetel, ya que el corte habría sido injustificado y realizado sin el consentimiento de ella o de alguna de sus relacionadas. De acuerdo con la demandante, los hechos denunciados son ilícitos porque las líneas telefónicas objeto del corte constituyen un insumo esencial para que ella pueda prestar los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y otros servicios.

Mercado afectado: Mercado de la comercialización a nivel minorista de servicios de telefonía móvil, en todo el territorio nacional.

Resolución del Tribunal: Se rechaza, con costas la demanda, por cuanto no se acreditaron en el proceso los requisitos exigidos por la ley para la configuración de un abuso anticompetitivo, al no haberse probado la posición dominante de Movistar, así como tampoco los efectos que la conducta acusada tuvo o pudiese haber tenido sobre el mercado relevante definido.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 58.909 - 2016).

Temas que trata: Abuso de posición dominante; poder de mercado; posición dominante; condiciones y barreras de entrada; insumo esencial.

Santiago, cuatro de agosto de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 1, el 8 de octubre de 2014, la sociedad Constetel Ltda. (en adelante "Constetel") interpuso una demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante "Movistar"), imputándole haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (en adelante "D.L. N° 211"). Sostiene que la demandada ha realizado una explotación abusiva de su posición dominante al cortar, sin justa causa ni consentimiento de la demandante, 1.392 líneas asociadas a dos planes de telefonía celular. Agrega que dichos planes constituyen un insumo esencial para la prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y de otros servicios, no solo por cuanto corresponden a líneas telefónicas sino especialmente por las condiciones comerciales que contienen; 1.1. Señala que Constetel es la principal empresa de entre un grupo de personas naturales y jurídicas que proveen insumos necesarios para la prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y de otros servicios similares, provistos en condiciones mayoristas a empresas operadoras que prestan, a su vez, servicios a clientes finales;

1.2. Establece que a través de sus servicios la llamada del usuario no accede a la red de telefonía fija de origen, sino que -por un enlace privado en internet- llega a instalaciones de Constetel, para que, desde ahí, mediante un conversor de llamadas, se transforme en una llamada móvil a móvil on-net. Indica que Constetel actúa como arbitrador ofreciendo a sus clientes un servicio de terminación de llamadas fijo-móvil todo destino móvil y fijo-móvil todo destino fijo, lo que resultaría más atractivo que las llamadas tradicionales fijo-móvil, toda vez que el precio minorista de los planes comerciales que contrata Constetel es inferior a los precios mayoristas de los cargos de acceso, fijos o móviles, regulados por la Subtel;

1.3. Así, de acuerdo a lo indicado en el párrafo 72 de la demanda, Constetel presta servicios a operadores de servicios de terminación de llamadas fijo móvil on-net y a otros operadores de telecomunicaciones, tales como Sistek, Voip Analysis y Netglobalis;

1.4. Indica que para prestar sus servicios, Constetel utilizaba 3.040 líneas telefónicas, de las cuales 2.253 fueron contratadas con Movistar. Señala que, de entre ellas, 1.392 son líneas asociadas a los planes MDG 2000 y B5A Sparta (en adelante "MDG", "B5A" respectivamente y de forma conjunta como los "Planes"), las que fueron cesadas unilateralmente por Movistar el 6 de septiembre de 2014. Señala que este corte se realizó un día sábado, cuando no operan las plataformas de atención telefónica de Movistar y que no afectó a todas las líneas telefónicas asociadas a dichos planes;

1.5. Agrega que al solicitar explicaciones a Movistar, éste le señaló que se debía a un presunto uso fraudulento de dichas líneas y que se les intimó para que firmaran un documento en el que renunciaran voluntariamente a los planes y los reemplazaran por otros más caros, quitándole toda viabilidad a su modelo de negocios. Indica que Movistar habría intentado hacer parecer que fue Constetel quien solicitó la suspensión de los servi-

cios, al enviarle el siguiente mensaje de texto: "Estimado cliente con fecha 6/sep/2014 hemos efectuado su solicitud de suspensión voluntaria de servicio. Atte Movistar";

1.6. Señala que las líneas de telefonía móvil asociadas a los Planes constituyen para Constetel un insumo esencial para la prestación de sus servicios y el desarrollo de nuevas áreas de negocios. Lo anterior debido a que no existen en el mercado otros planes ofrecidos por Operadores Móviles con Red (en adelante "OMR") bajo las mismas condiciones comerciales y técnicas de los Planes, por lo que no existirían sustitutos a las líneas suspendidas;

1.7. La demandante califica el actuar de Movistar como una "explotación abusiva de una situación de dependencia económica", concepto que habría sido utilizado por la Comisión Antimonopolio en la Resolución N° 720. Señala que Movistar es dominante en el mercado y que entre ellas existe una relación de dependencia económica toda vez que, para poder competir en el mercado, Constetel necesita del insumo que Movistar le había prestado sin interrupción alguna. A su vez, indica que este abuso de situación de dependencia económica se ha traducido en un intento de Movistar de imponer a la demandante planes y condiciones que no son rentables para su negocio;

1.8. En cuanto al mercado relevante del producto, señala que es posible distinguir dos mercados: uno principal, consistente en la prestación de servicios de telefonía móvil, el que ha sido considerado como un mercado en sí mismo por los organismos de defensa de la libre competencia; y uno secundario que comprende aparatos o terminales telefónicos móviles. Atendido lo anterior, la demandante define el mercado del producto como el de "principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS";

1.9. En lo que respecta al ámbito geográfico de dicho mercado señala que, atendida la existencia de concesiones telefónicas que abarcan todo el territorio nacional, es preferible, para efectos de este análisis, considerar la existencia de un mercado relevante nacional;

1.10. Indica que en el mercado antes definido compiten once empresas, pero que tres de ellas -Movistar, Entel PCS y Claro- concentran el 97% del mismo, según las estadísticas de junio de 2014 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante "Subtel"), teniendo la demandada más del 38% del mercado;

1.11. Señala como barrera a la entrada a este mercado la disponibilidad de espectro radioeléctrico, la que, además, sería una ventaja competitiva para los operadores dominantes, como lo habría reconocido la Resolución N°/2005 de este Tribunal y jurisprudencia de la Corte Suprema de diciembre de 2011. Indica, a su vez, que las inversiones en red y el desarrollo de las tecnologías necesarias para operar en este mercado también constituirían importantes barreras a la entrada;

1.12. Luego, efectúa un análisis de la sentencia 88/2009 dictada por este Tribunal y las similitudes que tendría con el caso de autos;

1.13. En cuanto a los efectos producidos por el actuar de la demandada, Constetel señala que el corte de las líneas asociadas a los Planes ha perjudicado su desempeño competitivo en cuanto ha puesto en riesgo su actividad como revendedores del servicio, lo que habría sido conocido por Movistar. Así, luego del corte de las líneas, su empresa habría sufrido pérdidas mensuales netas de treinta y cinco millones de pesos, generándole un inminente riesgo de quiebra ya que dichos planes eran los más convenientes para Constetel en términos de costo por minuto, siendo, además, los que generaban la mayor parte del tráfico y el mayor volumen de ingresos;

1.14. Respecto a los efectos que el corte de los Planes ha causado en el mercado y en el bienestar general, la demandante señala que, como consecuencia del mismo, ella se verá obligada a terminar una actividad económica lícita de manera injusta e injustificada, lo que generará una menor intensidad competitiva, un aumento de costos para las empresas clientes y una reducción del nivel de competencia en la industria. En efecto, indica que sus clientes se verán imposibilitados de seguir prestando sus servicios en las condiciones tarifarias que actualmente ofrece Constetel por carecer de alternativas viables a las líneas cesadas por Movistar;

1.15. Atendido lo expuesto, la demandante solicita a este Tribunal:

(i) Declarar que Movistar ha infringido el Artículo 3 del D.L. N° 211 al ejecutar una explotación abusiva de su posición dominante, mediante prácticas exclusorias y discriminación arbitraria en perjuicio de Constetel, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil;

(ii) Ordenar a Movistar abstenerse en el futuro de ejecutar tales conductas abusivas, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores;

(iii) Condenar a Movistar al pago de una multa de 20.000 UTA o la que este Tribunal estime ajustada a derecho, en virtud de la gravedad de los hechos y la calidad de reincidente del demandado;

2. A fojas 127, el 30 de diciembre de 2014, Movistar contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

2.1. En primer lugar, sostiene que la de autos no es una auténtica demanda de competencia sino que un infundado intento de Constetel por mantener las condiciones comerciales de planes que nunca fueron comercializados por Movistar y que, por hechos ajenos a su voluntad, pudieron ser aprovechados por la demandante. Agrega que el presente caso es distinto al que motivó la sentencia 88/2009 emitida por este Tribunal, por lo que dicha causa no constituiría un precedente jurisdiccional;

2.2. Luego, respecto a los hechos alegados en la demanda, Movistar reconoce el corte de servicio de las líneas de telefonía móvil asociadas a los planes MDG 2000 y B5A Sparta, pero controvierte los demás hechos alegados por Constetel y las calificaciones e interpretación de los mismos;

2.3. Indica que los planes B5A Sparta y MDG 2000 fueron configurados en el sistema de tratamiento de información de la compañía para ser ofrecidos a dos clientes del segmento Empresas, caracterizado por negociar individualmente. Agrega que al pasar la validación interna de estos planes, se detectó que adolecían de anomalías que impedían su comercialización, razón por la cual fueron cerrados, catalogados como nulos y jamás comercializados. Sin perjuicio ello, por políticas internas de la compañía, los Planes no pudieron borrarse del software. Las anomalías detectadas eran las siguientes: el plan MDG 2000 debía considerar dos mil minutos por un cargo fijo de \$80.000 + IVA, pero consideró ciento veinte mil minutos por el mismo cargo fijo; y el plan B5A Sparta debía tener un cargo fijo mensual de \$780.000 + IVA e incluir 15.000 minutos, pero se le cargó un precio de \$9.890 + IVA por la misma cantidad de minutos;

2.4. Señala que en agosto de 2014 descubrió que existían líneas activas asociadas a los planes nulos, a saber, 1.753 para el plan B5A Sparta y 1.097 para el plan MDG 2000. La activación de estas líneas se habría realizado a través de la figura de "Traspaso de Propiedad", sin que se hubiese dado cumplimiento a los requisitos expresamente regulados por el artículo 42 del antiguo Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones. Indica que de los procedimientos internos se pudo constatar que quienes habrían habilitado el uso de líneas telefónicas asociadas a los Planes serían, en su mayoría, ejecutivos de uno de los call centers, quienes no habrían estado facultados ni autorizados para ello;

2.5. Así, el 28 de agosto de 2014 presentaron una denuncia ante el Ministerio Público y el 4 de septiembre del mismo año interpusieron una querella criminal en contra de todos aquellos que resultaren responsables de los delitos de sabotaje informático, espionaje informático y alteración de datos, sancionados por la ley N° 19.223, la que fue admitida a tramitación por el 8vo Juzgado de Garantía de Santiago el 5 de septiembre del mismo año. La acción penal se basó en que uno o más sujetos habrían vulnerado los sistemas de seguridad de Movistar, ingresando ilegítimamente en sus sistemas informáticos, pues esta sería la única forma en que planes que se encontraban registrados como "Nulos" o "Null" en el software de la compañía hayan sido comercializados;

2.6. Hace presente que fueron al menos 90 clientes los que tenían registradas líneas telefónicas asociadas a los Planes y que solo Constetel ha alegado una supuesta infracción a la competencia por la suspensión de estas líneas. Agrega que Constetel detenta 133 líneas asociadas a los Planes y que se habrían activado bajo la figura de "traspaso de propiedad" el 28 de noviembre de 2012 y el 17 de junio de 2013;

2.7. Indica que las líneas asociadas a los Planes fueron suspendidas el 6 de septiembre de 2014, una vez declarada admisible la querella criminal antes mencionada. Agrega que, con posterioridad a ello, se les ofreció a los clientes afectados por el corte reemplazar los planes nulos por uno que se encontrara vigente a esa época, a lo que Constetel se negó;

2.8. Así, el 9 de septiembre 2014 Constetel presentó un reclamo ante la Subtel, solicitando la re-activación de las líneas, más descuentos e indem-

nizaciones por los días sin servicio. El reclamo fue complementado el 7 de octubre del mismo año. Por resolución exenta N° 1560/14 de 28 de octubre de ese año, la Subtel rechazó que los servicios fueran repuestos con las condiciones de los Planes ordenando, sin embargo, que se repusiera el servicio “manteniendo las condiciones originalmente convenidas entre las partes previas a la modificación del contrato no acreditado en autos.” Adicionalmente, ordenó a Movistar efectuar un descuento por los servicios no prestados o restituir lo pagado por Constetel, supeditando el pago de la indemnización por interrupción de servicios a los resultados del proceso penal;

2.9. Niega que la afirmación de Constetel que no todas las líneas asociadas a los Planes fueron suspendidas. Indica que, por razones técnicas, para ciertas líneas o números los sistemas se “encolaron” o se pusieron en espera por un tiempo. Agrega que el que Movistar haya prestado y facturado el servicio no constituye una aceptación o renuncia de derechos por su parte respecto del hecho ilícito ni consolida una posición jurídica para Constetel. En cuanto al mensaje de texto enviado a los clientes afectados por el corte, indica que éste fue enviado con la glosa que señala la demandante, por cuanto son mensajes masivos registrados en el software de la compañía;

2.10. En cuanto al mercado afectado por las conductas denunciadas, señala que sería el de la provisión de servicios de telecomunicaciones, el que ha sufrido importantes avances tecnológicos y cambios regulatorios, tales como la prohibición de diferenciar tarifas on-net y off-net y la implementación de la portabilidad numérica. Distingue dentro de este mercado dos segmentos:

(i) Aguas arriba, el mercado de servicios de telefonía móvil, el que cuenta con 3 actores principales -Movistar, Entel PCS y Claro Chile S.A. Respecto de las condiciones de ingreso, señala que el acceso a espectro radioeléctrico y la extensión de la red no pueden ser considerados como barreras de entrada, toda vez que los concesionarios pueden participar en el mercado utilizando la infraestructura de terceros y el espectro asignado a otra compañía;

(ii) Aguas abajo, el mercado de servicio de terminación de llamadas. Por el lado de la oferta, en este segmento participan varios actores, entre los cuales está la demandante y algunas concesionarias con red. Desde la perspectiva de la demanda se encuentran empresas o clientes corporativos que adquieren gran cantidad de minutos. Hace presente que los servicios prestados en este mercado disminuirían significativamente ante el aumento de la demanda por los servicios de transmisión de datos por internet;

2.11. Luego, distingue según si el servicio es fijo-móvil on-net o si es fijo-móvil todo destino o fijo-móvil-fijo. En el primero, los proveedores deben contratar planes de minutos de la empresa concesionaria de destino de las llamadas; mientras que, en el segundo, los proveedores pueden contratar planes de minutos con cualquier concesionaria que los ofrezca. Señala que los planes “todo destino” ofrecidos por cualquier compañía son considerados sustitutos más o menos cercanos de los planes que diferencian tarifas

según red de destino, ya que los precios de los primeros estarían convergiendo al precio de los segundos por la baja en los cargos de acceso y la prohibición de diferenciar tarifas según red de destino decretada por este Tribunal;

2.12. Así, indica que ninguno de los planes que ofrece cualquier compañía de telefonía móvil puede ser considerado como un insumo esencial para operar en el mercado aguas abajo, pues los planes de otras compañías serían alternativas suficientes y razonables;

2.13. Como alegaciones y defensas, la demandada enumera las siguientes:

(i) La conducta denunciada no cumple con las exigencias del tipo infraccional del abuso del artículo 3 del DL N°211, ya que (i) Movistar no tendría una posición de dominio en el mercado, porque en el mercado aguas arriba compiten intensamente, como proveedores, todas las empresas de telefonía móvil que ofrecen planes de post-pago, independiente del tamaño de su red, por lo que Constetel no se encontraría en una relación de dependencia con Movistar; y (ii) la conducta no es abusiva porque está objetivamente justificada, en cuanto el corte de los Planes se debió a una necesidad objetiva de protección de un bien de dominio público como es el espectro radioeléctrico, el que no estaba siendo eficientemente asignado. Lo anterior redundaba en una distorsión del mercado que pone en riesgo la operación de otros actores del mercado aguas abajo;

(ii) Los hechos denunciados carecen de la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. En efecto, indica que el corte de los planes es procompetitivo, ya que elimina una transferencia forzada que otorgaba ventajas competitivas injustificadas e ilegítimas a Constetel;

(iii) Sin perjuicio de negar los elementos objetivos del tipo infraccional que se le imputa, señala que no concurre, en los hechos, el elemento subjetivo del mismo, ya que no existirían incentivos económicos para excluir del mercado de terminación de llamadas fijo-móvil a un solo actor y de la importancia relativa de Constetel;

(iv) Su actuación se encuentra amparada en la confianza legítima en la autoridad sectorial, ya que como se señaló más arriba, la Subtel autorizó a Movistar para no reponer las líneas cortadas en las condiciones de los planes nulos; 2.14. De forma subsidiaria, solicita que no se le imponga sanción de multa, ya que el propósito del corte de los Planes fue defenderse legítimamente de una transferencia forzada que le provocaba pérdidas y perjudicaba el interés público. En subsidio de ello, en caso de que se le aplique una multa, solicita que ésta sea atenuada en la mayor medida posible, dado que (i) la conducta no produjo efecto alguno en el funcionamiento competitivo del mercado respectivo ni tendió a hacerlo; (ii) no existió dolo ni culpa de Movistar; y (iii) habría actuado sobre la base de su confianza legítima en la autoridad sectorial;

3. A fojas 213, la demandante presentó observaciones a la contestación de Movistar en las que indica que los ilícitos penales que habría sufrido la demandante no son parte de este proceso y que, de todas formas, no corresponde que Movistar haga pagar por estos supuestos fraudes a terceros. Agrega que si los planes hubiesen tenido anomalías, Movistar debió corregirlas oportunamente, indicando que tiene antecedentes de que Movistar habría tomado conocimiento de éstas mucho antes de la suspensión de los servicios. Por último, señala que la demandante estaría obligada a responder incluso si sus sistemas informáticos han sido objeto de un supuesto fraude, de acuerdo al artículo 326 del Código de Comercio;

4. A fojas 170, por resolución de veinte de enero de 2015 se recibió la causa a prueba y, a fojas 184, se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos los siguientes: "1. Estructura y características del o de los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en la demanda; 2. Condiciones, características, número de líneas y fechas de suscripción de los planes o servicios objeto de la demanda de autos y sus eventuales modificaciones; efectividad que los mismos fueron facturados y cobrados por la demandada y período en que esto ocurrió. Servicios prestados por la demandante con dichas líneas; y 3. Circunstancias, oportunidad, objeto y efectos en la competencia de la interrupción de los servicios o corte de planes objeto de la demanda. Justificación de la misma";

5. Documentos acompañados por las partes:

5.1. La demandante acompañó al proceso los siguientes documentos: a fojas 51 (i) Anexo Nro. 1, en el que detalla las empresas y personas naturales del grupo Constetel Ltda.; (ii) Anexo Nro. 2, que detalla líneas suspendidas y planes a los cuales se asocian; (iii) Anexo Nro. 3, sobre pago de líneas afectadas por la suspensión; (iv) 11 Certificados Notariales; (v) copia de correos electrónicos entre Constetel y Movistar; (vi) copia resolución exenta de la Subtel N°02825/14. A fojas 813 acompaña 30 tomos con facturas emitidas por Movistar relativas a los planes MDG y B5A. A fojas 1121 acompaña copia de la sentencia dictada por el 22° Juzgado Civil de Santiago en causa Rol C-20891-2013;

5.2. Movistar acompañó al proceso los siguientes documentos: a fojas 1274 (i) Copia de documentos denominado "carta de aceptación" enviada a Movistar por Esparta S.A. en la que consta la aceptación de las condiciones de contratación del plan propuesto por Movistar; (ii) copia de ocho declaraciones de aceptación de cambio de plan suscritas por personas antes titulares de los planes MDG y B5A; (iii) planilla Excel que detalla los clientes que eran titulares de líneas asociadas a los planes MDG y B5A; (iv) copia del oficio ordinario N°8881 enviado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) a Movistar; (v) Respuesta de Movistar al oficio N°8881; (vi) copia de oficio ordinario N°6979 de la SUBTEL; (vii) copia de la resolución de la SUBTEL de fecha 21.06.2013; (viii) copia de la resolución de la SUBTEL de fecha 11.09.2012; (ix) copia del escrito de Movistar presentado a la SUBTEL con fecha 08.04.2015;

6. Informes acompañados por las partes:

6.1. A solicitud de Movistar, el 14 de octubre de 2015, el perito designado a fojas 1052, Jonathan Frez Zachary, acompañó el informe "Análisis de evolución y destino de tráfico de voz correspondiente a los planes MDG y B5A utilizados por Constetel durante el año 2014";

6.2. Movistar presentó a fojas 1134, el informe económico "Impactos competitivos del retiro de líneas por parte de Movistar a Constetel" de don Aldo González Tissinetti;

7. Prueba testimonial rendida por las partes: 10.1 Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Constetel: (i) a fojas 320, don René Prieto Chateau (la transcripción de su declaración rola a fojas 417); (ii) a fojas 322, doña Odette Erelia Magaña Trombet (la transcripción de su declaración rola a fojas 456); (iii) a fojas 326, don Víctor Manuel Gamonal Solar (la transcripción de su declaración rola a fojas 482); (iv) a fojas 328, don Carlos Guillermo Miranda Belmar (la transcripción de su declaración rola a fojas 512); (v) a fojas 338, don Federico Abel Espina Martínez (la transcripción de su declaración rola a fojas 614); y (vi) a fojas 340, doña Alejandra de las Mercedes Silva Ramírez (la transcripción de su declaración rola a fojas 569);

8. Prueba confesional rendida por las partes: 8.1. A fojas 662 absolvió posiciones el señor Mario Castro Toro, en representación de Constetel (la transcripción de su declaración rola a fojas 757);

9. Exhibiciones de documentos: 9.1. A fojas 810 Constetel exhibió los siguientes documentos según solicitud de Movistar de fojas 298, (i) facturas emitidas a clientes finales por servicios prestados en relación a los Planes; (ii) documentos con el tráfico y destino de las líneas asociadas a Planes. Respecto a los demás documentos cuya exhibición se solicitó, a saber, los contratos relativos a los Planes suscritos con Movistar y aquellos suscritos con clientes, Constetel señaló que los primeros no los tenía y los segundos no existían por ser acordados de forma verbal por las partes;

(i) A fojas 947 la sociedad OPS Ingeniería Limitada exhibió, a solicitud de Movistar de fojas 295, documentos relativos a contratos suscritos con Movistar y documentos relativos a contratos suscritos con Entel PCS Telecomunicaciones S.A. para el período que va desde enero de 2010 a esa fecha;

(ii) A fojas 1112, comparecieron las sociedades SISTEK Ltda. e Interlink Global Chile Ltda. a exhibir documentación solicitada por Movistar a fojas 295, indicando ambas que no tenían los antecedentes cuya exhibición se solicitó, ya que durante el período indicado por Movistar -enero de 2010 a esa fecha- no habían celebrado ningún contrato que diese cuenta de existencia de planes con las compañías Movistar, Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; 9.2. En virtud de la medida para mejor resolver decretada a fojas 336, a fojas 815 y 840 Movistar exhibió cuarenta tomos con facturas emitidas por Movistar a Constetel (julio 2012 a septiembre 2014); facturas emitidas a empresas relacionadas a Constetel (mayo 2012 a septiembre 2014); y facturas emitidas por Movistar a otros clientes relativo a los Planes;

10. Percepciones documentales:

10.1. A fojas 1189 se realizó la audiencia de percepción documental de los archivos presentados por Movistar, acompañados a fojas 1182, correspondientes a las facturas emitidas por Movistar a la OPS Ingeniería Limitada;

10.2. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Movistar: (i) a fojas 345, don Jonathan Castillo Llanos (la transcripción de su declaración rola a fojas 365); (ii) a fojas 347, don Harold Hanz Aparicio Sibulka (la transcripción de su declaración rola a fojas 382); (iii) a fojas 352 y 841, doña Ingrid Alejandra Poblete González (la transcripción de su declaración rola a fojas 853); (iv) a fojas 356, don Iván Rubén Benavides Richter (transcripción a fojas 663); (v) a fojas 852, don Javier Eduardo Barría Vera (la transcripción de su declaración rola a fojas 1022); (vi) a fojas 1021, don Juan Manuel Pacheco Díaz (la transcripción de su declaración rola a fojas 1055); y (vii) a fojas 1156, don Aldo González Tissinetti (la transcripción de su declaración rola a fojas 1559);

11. Oficios de instituciones y autoridades públicas:

11.1. A fojas 308 el 8º Juzgado de Garantía de Santiago acompañó copia del expediente criminal RIT 8223-2014 de acuerdo a lo ordenado por resolución de fojas 250;

11.2. A fojas 755 la Unidad de Delitos de Alta Complejidad de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente acompañó la carpeta digital de la investigación de la causa RUC 1400832529-5, de acuerdo a lo ordenado por resolución de fojas 250;

11.3. A fojas 846 la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) envía información solicitada por resolución de fojas 309;

11.4. A fojas 905 la Fiscalía Nacional Económica informó en la causa en cumplimiento de lo ordenado por resolución de fojas 309;

12. Observaciones a la prueba: a fojas 1.281 y 1.351 rolan las observaciones a la prueba presentadas por Constetel y Movistar;

13. La vista de la causa se realizó el día 9 de marzo de 2016, según consta en el certificado que rola a fojas 1.380;

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que a fojas 1 Constetel demandó a Movistar por haber infringido el artículo 3 del D.L. N°211, al haber realizado una explotación abusiva de su posición dominante. Dicho abuso habría consistido, por una parte, en realizar prácticas exclusorias mediante el corte de servicio el 6 de septiembre del año 2014 de líneas telefónicas pertenecientes a dos planes de telefonía celular, a saber, los planes MDG 2000 y B5A Sparta (en adelante indistintamente "los Planes"); y, por otra, haber discriminado arbitrariamente a Constetel, ya que el corte habría sido injustificado y realizado sin el consentimiento de ella o de alguna de sus relacionadas. De acuerdo con la

demandante, los hechos denunciados son ilícitos porque las líneas telefónicas objeto del corte constituyen un insumo esencial para que ella pueda prestar los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y otros servicios. La esencialidad de estos insumos derivaría, a juicio de Constetel, no solo de la provisión de dichas líneas telefónicas, sino que, especialmente, de las condiciones comerciales que dichos planes poseían. Alega estar en una relación de dependencia económica con Movistar respecto a estos insumos;

Segundo:

Que a fojas 127, Movistar contestó la demanda afirmando que, efectivamente, con fecha 6 de septiembre de 2014 procedió al corte de todas las líneas telefónicas de los planes MDG y B5A. Señala que ambos planes, al momento de su configuración, presentaron graves anomalías que impidieron su comercialización, por lo que quedaron bajo la categoría Null o Nulos dentro del software de la compañía. Agrega que en agosto de 2014, y luego de una investigación interna, se detectó que los Planes fueron fraudulentamente activados y comercializados, razón por la cual presentó una querrela criminal contra los que resultaren responsables, procediendo al corte de las líneas al día siguiente al que ésta fue admitida a tramitación;

Tercero:

Que, para que las conductas reprochadas por la actora puedan ser sancionadas, es necesario que, junto con acreditar las condiciones y requisitos establecidos para su procedencia, se pruebe que quien las haya cometido haya tenido una posición de dominio en el mercado relevante o las haya ejecutado con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar dicha posición. En este orden de ideas, corresponde entonces determinar cuál o cuáles son los mercados relevantes atingentes al conflicto de autos, la participación que le cabe a la demandada en ellos y sus condiciones de entrada;

Cuarto:

Que el demandante señala en su demanda que realiza servicios de terminación de llamadas, distinguiendo entre "fijo-móvil on-net", "fijo móvil todo destino móvil" y "fijo móvil todo destino fijo". Estos servicios consistirían en reoriginar la llamada en las instalaciones de la demandante de tal forma de convertir una llamada del cliente para que se haga con cargo a los planes que Constetel ha contratado. El servicio definido por Constetel como "fijo-móvil on-net" tendría la complejidad adicional de tener que hacer coincidir la red de destino del llamado con una línea de salida asociada a un plan específico de esa red. En cambio, los otros servicios enumerados anteriormente pueden ser prestados con planes del tipo "todo destino", no importando la compañía a quien se les adquieren dichos planes. Además de lo anterior, y contradiciendo la demanda, el gerente general don Mario Castro Toro señaló en la audiencia de absolución de posiciones de 13 de mayo de 2015 que "...no soy yo el que da la terminación fijo móvil, la hace mi cliente, lo que yo hago es hacer reventa de minutos mediante el arriendo de la sim o de recibir la llamada en desborde";

Quinto:

Que, atendido que los Planes no cuentan con diferenciación on-net/off-net, a juicio de este Tribunal, el servicio prestado por Constetel con dichos planes es el de reventa de minutos de telefonía móvil "todo-destino", sea a través de un servicio de terminación de llamadas o, como fue descrito por el señor Mario Castro, por el solo arriendo de la tarjeta SIM. Lo anterior es una consecuencia de que el producto com-

prado y vendido por Constetel es el mismo -minutos “todo-destino”-, por lo que el servicio de terminación no agregaría valor al producto;

Sexto:

Que habiéndose identificado el producto o servicio ofrecido por la demandante que habría sido afectado por la conducta de Movistar, corresponde entonces definir cuál es el mercado relevante de autos. Al respecto, las partes coinciden en que el mercado relevante es el de prestación de servicios de telefonía móvil, sin perjuicio de diferir en ciertos aspectos de su definición;

Séptimo:

Que, por una parte, la demandante definió el mercado relevante del producto como el de los “principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS”, distinguiendo un mercado principal, consistente en la prestación de servicios de telefonía móvil y uno secundario que comprende aparatos o terminales telefónicos móviles necesarios para la utilización de los servicios. Indica que en el mercado antes definido compiten once empresas, pero que tres de ellas -Movistar, Entel PCS y Claro- concentran en conjunto el 97% de acuerdo con las estadísticas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante “Subtel”) a junio de 2014, teniendo la demandada más del 38% de participación en dicho mercado;

Octavo:

Que, por otra parte, Movistar, en su presentación de fojas 127, señala que el mercado relevante sería el de la provisión de servicios de telecomunicaciones. Distingue dentro de este mercado dos segmentos: (i) aguas arriba, el mercado de servicios de telefonía móvil, el que cuenta con tres actores principales -Movistar, Entel PCS y Claro Chile S.A. y (ii) aguas abajo, el mercado de servicio de terminación de llamadas, donde participan varios actores ofreciendo servicios, entre los cuales está la demandante y algunas concesionarias con red;

Noveno:

Que el informe económico acompañado por Movistar a fojas 1134 señala que existen dos mercados verticalmente relacionados: (i) aguas arriba, donde están los OMR, que cuentan con el espectro radioeléctrico y la infraestructura necesaria para el desarrollo de las comunicaciones; y (ii) aguas abajo o mercado intermediario, compuesto por empresas que compran minutos en grandes volúmenes a los OMR para su reventa a usuarios finales. En este último mercado se encontrarían los reoriginadores, los operadores móviles virtuales (en adelante, “OMV”) y los revendedores puros como Constetel. Agrega que, para prestar servicios en ese mercado aguas abajo, se requiere comprar insumos en el mercado aguas arriba y que los OMR también participan en el mercado aguas abajo vendiendo sus servicios a clientes finales;

Décimo:

Que la industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante el último tiempo, especialmente con la introducción de los OMV. Lo anterior ha creado un mercado de facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a las redes necesarias, de propiedad de los OMR, para prestar servicios de telefonía móvil a los consumidores finales. Por tanto, a juicio de este Tribunal, la industria de servicios móviles ya no estaría conformada por un

mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil –como se señaló en la Sentencia N°104/2010–, sino por un mercado aguas arriba donde se transa el acceso a las redes móviles y por otro, aguas abajo, donde se comercializan servicios de telefonía móvil a clientes finales, el que se describe a continuación;

Undécimo:

Que, en conclusión y de acuerdo con lo señalado en las consideraciones anteriores, el mercado relevante de autos es el de la comercialización aguas abajo o a nivel minorista de servicios de telefonía móvil, en todo el territorio nacional. Dentro de dichos servicios no solamente se incluye el tráfico de voz, sino también otros servicios que habitualmente se venden junto al anterior, como el de banda ancha móvil;

Duodécimo:

Que los demandantes de estos servicios son clientes minoristas o usuarios finales de servicios de telefonía móvil y aquellos que se dedican a la reventa de estos servicios, entre los cuales se encontraría Constetel. Por su parte, son oferentes en este mercado todos aquellos que ofrecen servicios de telefonía móvil a clientes finales, esto es: i) los OMR, es decir, las empresas concesionarias de bandas específicas del espectro radioeléctrico que cuentan con infraestructura e inversiones para establecer una red de telecomunicaciones móviles; ii) los OMV, esto es, empresas concesionarias de servicios de telefonía móvil que adquieren acceso a redes de los OMR, ya sea porque carecen de una banda específica en el espectro o porque, teniéndola, quieren expandir sus redes a otras zonas geográficas no cubiertas por sus redes propias; y iii) todas aquellas empresas que revenden los servicios o insumos que han comprado en este mercado minorista o que reoriginan llamadas.

Decimotercero:

Que, como se aprecia, Constetel participa en el mercado relevante como oferente y demandante. La existencia de revendedores en un mercado se entiende producto de la posibilidad de obtener ganancias de arbitraje, lo que en general es realizado por empresas dedicadas a explotar nichos de mercado o, como parece ser el caso de autos, por empresas que utilizan planes contratados bajo condiciones ventajosas a las que no pueden acceder nuevos clientes interesados en tales planes;

Decimocuarto:

Que, en consecuencia, a diferencia de lo sostenido por la demandante, el mercado relevante de autos es distinto al analizado en la Sentencia N°88/2009, por cuanto no se trata de un mercado de terminación de llamadas on-net/off-net, en el que era determinante contar con planes diferenciados de cada OMR para efectos de la prestación de servicios. En cambio, la presente causa versa sobre planes de telefonía móvil a todo destino transados en el mercado minorista;

Decimoquinto:

Que no existe información pública acerca de la proporción que representa la reventa de servicios de telefonía móvil dentro del mercado relevante. Tampoco existe en autos información fidedigna sobre la participación relativa de las empresas revendedoras de servicios de telefonía móvil en este mercado, habiendo sólo una aproximación a ella en el informe de la FNE que rola a fojas 905. Dicho informe establece que la empresa que presta servicios de terminación de llamadas con más tráfico en términos de minutos de salida desde la red de Movistar sería OPS con un 21,9%,

seguida por Intilco con un 10,6%, Voissnet con un 10,4% y Constetel con un 7,6%. Todo ello equivaldría, de acuerdo al citado informe, a menos del 1% del tráfico de salida de la red de Movistar. Esta última cifra es también corroborada por el informe económico acompañado a fojas 1125;

Decimosexto:

Que no se acompañó información sobre la participación de mercado de empresas que prestan servicios de terminación de llamadas desde las redes de Entel y Claro. Sin embargo, si se mantuviesen para estos otros OMR las participaciones estimadas por la FNE respecto de la red de Movistar –tanto las de las reventas como porcentaje del tráfico total y la de Constetel dentro de las reventas– la participación de la demandante dentro del mercado minorista sería aproximadamente de apenas un 0,076%, esto es, ella vendería menos de uno de cada mil minutos cursados;

Decimoséptimo:

Que, por último, los planes MDG y B5A objeto de la presente demanda se encuentran comprendidos dentro de la oferta de servicios de telefonía móvil en este mercado relevante, lo cual es consistente con el hecho de que la empresa demandante se dedica a la reventa de productos del mercado minorista;

Decimoctavo:

Que, habiendo definido el mercado relevante en que participa Constetel, corresponde analizar la dominancia de Movistar. De acuerdo con la literatura económica, una empresa goza de posición dominante en un mercado cuando puede actuar con prescindencia de sus rivales y, por ello, puede imponer condiciones de oferta parecidas a una situación monopólica (Motta, M. *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, página 41). Para estos efectos se deben determinar las participaciones de mercado de las empresas que compiten en el mercado relevante, las condiciones de entrada al mercado y las características de los servicios ofrecidos;

Decimonoveno:

Que corresponde analizar la participación que Movistar tendría en este mercado, pues es indicativa de la importancia de las empresas que compiten en el mismo. Tal como se señaló en la Sentencia N° 151/2016, en el derecho comparado el tratamiento de altas cuotas de participación de mercado difiere. Mientras en el derecho norteamericano las cuotas inferiores al 70% no dan comúnmente lugar a la denominada “monopolización”, en el derecho europeo las cuotas entre 50% y 70% dan lugar normalmente a una presunción simplemente legal de dominancia, debiendo considerarse, además, otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado;

Vigésimo:

Que Movistar es la empresa con mayor participación en el mercado relevante antes definido, con un 38,7%, seguida de Entel y Claro que tienen una participación de mercado de un 35,6% y un 22,4% respectivamente. También participan en este mercado otras empresas con participaciones menores como Nextel (1,4% de participación), Virgin (0,96%), VTR (0,44%), Falabella Móvil (0,43%), Telsur (0,034%), Netline (0,016%), Telestar (0,014%) e Inter-export (0,004%). Dicha información consta en el informe económico acompañado a fojas 1134, de diciembre de 2014. En con-

secuencia, de acuerdo a las Guías de Concentración Horizontal de Chile, Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido, entre otros países, se trata de un mercado altamente concentrado a dicha fecha, con un índice de HHI de 3.270;

Vigésimo primero:

Que de acuerdo con lo señalado en la consideración décimo novena, y sin perjuicio del nivel de concentración descrito en la consideración previa, este Tribunal estima que una empresa con una cuota de mercado cercana al 39% que tiene dos rivales con un 36% y un 22% del mismo mercado, difícilmente podría ser catalogada como dominante sobre la base de este único criterio. Esto por cuanto sus decisiones de oferta de planes a usuarios finales podrían estar disciplinadas al menos por uno de sus rivales;

Vigésimo segundo:

Que, en relación con las condiciones de entrada a este mercado, no es posible identificar importantes barreras estructurales a su ingreso. Lo anterior, atendido principalmente a que cualquier concesionario de telecomunicaciones puede participar en este mercado como un OMV utilizando la infraestructura de las OMR. Prueba de ello es que, a diciembre de 2014, al menos a seis empresas ya estaban operando en calidad de OMV (Virgin, Falabella Móvil, Telsur, Netline, Telestar e Inter-export), de acuerdo al informe acompañado a fojas 1134. Sin embargo, y aun cuando se han reducido los costos de cambio en este mercado al permitirse la portabilidad numérica, en autos no hay evidencia de que la reciente entrada de múltiples OMV haya generado una presión competitiva relevante sobre las tres empresas más importantes del mercado;

Vigésimo tercero:

Que, por lo anterior, la indisponibilidad de espectro radioeléctrico para operar, alegada por la demandante, no puede ser considerada como una barrera de entrada al mercado relevante definido en esta causa, esto es, el mercado minorista, ya que en éste no se necesita contar, necesariamente, con espectro radioeléctrico para ofrecer los servicios. Por lo mismo y tal como se señaló en la consideración décima anterior, el acceso al espectro sólo es necesario para entrar al mercado aguas arriba, en el cual, como se ha dicho, no opera Constetel;

Vigésimo cuarto:

Que, en cuanto a las características de los servicios ofrecidos, la demandante ha sostenido que las líneas telefónicas objeto del corte constituyen un insumo esencial por las condiciones comerciales que dichos planes tenían y, por lo mismo, tendría con Movistar una relación de dependencia económica;

Vigésimo quinto:

Que, tal como se ha señalado recientemente en la Sentencia N° 151, el término "insumo esencial" se presenta en casos de monopolios que están integrados verticalmente y son dueños de ciertas instalaciones que no son replicables a un costo y dentro de un plazo razonable, por lo que el acceso a ellas es indispensable para participar en el mercado aguas abajo. Tal como se analizó en las consideraciones previas, Movistar no es un monopolio en la venta de planes de telefonía móvil, por lo que los Planes no pueden ser calificados como insumo esencial. Además de lo anterior, los Planes son replicables, como se analizará en las consideraciones siguientes;

Vigésimo sexto:

Que, aun cuando desde el punto de vista de un consumidor final el bien ofrecido en el mercado relevante de autos puede ser diferenciado en algunos aspectos, desde la perspectiva de un revendedor de mediana o gran escala el producto ofrecido es más bien homogéneo, ya que cualquier empresa oferente en este mercado minorista no tiene impedimentos para replicar el plan de un rival, al menos en cuanto a las características del servicio (minutos de voz, principalmente). En consecuencia, el bien transado objeto de autos es replicable. A su vez, y a diferencia de lo que sostiene la demandante, no es posible calificar los mencionados Planes como insumos esenciales por el mero hecho de estar diferenciados en el precio respecto de los sustitutos existentes en el mercado;

Vigésimo séptimo:

Que, en consecuencia, se puede descartar que los Planes sean un insumo esencial para Constetel por las siguientes razones: i) a diferencia de los productos analizados en la sentencia 88/2008, los planes MDG y B5A no cuentan con diferenciación entre minutos on-net/off-net por lo que los minutos incluidos en ellos se pueden sustituir por minutos comprados a cualquier compañía bajo cualquier plan; ii) siguiendo lo expresado en el punto anterior, no hay evidencia en el expediente para afirmar que el producto ofrecido por Movistar no pueda ser replicable al mismo costo por otras empresas minoristas, al menos teóricamente, , independiente del precio al cual decidan venderlo; y iii) que la mera diferencia de precio del insumo con sus posibles sustitutos no es razón, por sí sola, para calificar un insumo como esencial. Por lo mismo, tampoco puede existir la dependencia económica que alega Constetel;

Vigésimo octavo:

Que, por lo expuesto precedentemente, no es posible afirmar que Movistar sea dominante en el mercado relevante definido en esta causa. Tampoco se probaron los efectos de las conductas denunciadas, como se desarrollará en los considerandos siguientes;

Vigésimo noveno:

Que, en efecto, está acreditado que la demandada facturó a la demandante los servicios asociados a las líneas cortadas, de conformidad con los documentos acompañados por Constetel a fojas 813 y aquellos exhibidos por Movistar en audiencia de fecha 26 de mayo de 2015, cuya acta rola a fojas 815. A su vez, consta que los servicios facturados fueron pagados por la demandante, de acuerdo a los comprobantes de pago acompañados en carácter reservado a fojas 51, los que no fueron objetos por Movistar;

Trigésimo:

Que, aunque no fue controvertido que las líneas telefónicas asociadas a los planes MDG y B5A fueron cesadas por Movistar a Constetel el seis de septiembre de 2014, sí existe controversia sobre si estos cortes fueron aplicados también a otros suscriptores de dichos Planes;

Trigésimo primero:

Que, de conformidad con la prueba documental acompañada a fojas 1274, consistente en declaraciones efectuadas ante Notario Público por diversos clientes de Movistar que eran titulares de líneas telefónicas asociadas a los Planes, es posible concluir que el mencionado corte afectó también a clientes distintos de Constetel.

Dichos clientes eran personas naturales y jurídicas con giro distinto al de revendedores o de prestadores de servicios de terminación de llamadas;

Trigésimo segundo:

Que respecto del corte de servicio a los otros clientes que se indican en la consideración anterior, no hay certeza sobre la fecha exacta en que Movistar efectuó dicho corte. De los antecedentes acompañados en autos solo es posible concluir que algunas líneas telefónicas asociadas a los Planes habrían continuado activas después del 6 de septiembre de 2014 -de acuerdo al acta notarial acompañada por Constetel en el número 4 de la presentación de fojas 51- y que las líneas que continuaron operativas después de tal fecha fueron suspendidas dentro del mes siguiente. Lo anterior se deduce de lo declarado por los testigos Ingrid Poblete González e Iván Benavides Richter y de lo indicado por Movistar en la audiencia pública de 9 de marzo de 2016. En particular, la señora Poblete González declaró que "el 80% se ejecutó los primeros días y los demás hubo algún encolamiento, hubo algunos que corrieron una semana después y tuvimos que pedirle a TI que volviera a generar el proceso";

Trigésimo tercero:

Que a su vez, de acuerdo a la prueba documental indicada en la consideración trigésima primera anterior, de las declaraciones testimoniales de doña Alejandra Silva Ramírez y de don Javier Eduardo Barría Vera cuyas actas rolan a fojas 340 y 852, respectivamente, entre otras, y de lo indicado por la misma demandante en su presentación de fojas 1, consta que luego del corte de suministro de las líneas telefónicas asociadas a los Planes, Movistar ofreció otros planes comerciales a los clientes que tenían contratados los planes MDG y B5A, incluido Constetel, para que pudieran mantener operativas las líneas telefónicas que habían sido objeto del corte;

Trigésimo cuarto:

Que Movistar justificó el corte de servicio de las líneas telefónicas asociadas a los Planes en que éstos fueron fraudulentamente activados y comercializados por terceros, razón por la cual habría iniciado un procedimiento penal contra quienes resulten responsables. En adición a ello, Movistar también justificó el corte de los Planes en que ellos tenían precios muy por debajo de los costos, lo que era ineficiente;

Trigésimo quinto:

Que, en cuanto a los precios de los Planes, de acuerdo con los antecedentes que obran en autos, el plan MDG tenía un cargo mensual de \$80.000 + IVA e incluía 120.000 minutos "todo destino", mientras que el plan B5A tenía un precio mensual de \$9.890 + IVA e incluía 15.000 minutos. Respecto de ellos, la demandada señala en su contestación que tales características no eran las que correspondían al diseño original de los mencionados planes. Así, señalan que el plan MDG debiese haber tenido sólo 2.000 minutos, mientras que el plan B5A fue diseñado con los señalados 15.000 minutos, pero a un precio de \$780.000 mensuales;

Trigésimo sexto:

Que, en consecuencia, el plan MDG tenían un precio promedio por minuto de \$0,67 + IVA y el plan B5A uno de \$0,66 + IVA, los que difieren notoriamente de los precios que se observan regularmente en el mercado de acuerdo con lo señalado en el informe económico acompañado a fojas 1123. La magnitud de esta diferencia es un indicio de que estos planes se estaban vendiendo por debajo de su costo. Esto es confirmado por la diferencia que existe entre los precios de los Planes y los cargos

de acceso regulados por la Subtel, los que a esa fecha estaban fijados en \$15,4 por minuto. En efecto, que el precio de los planes sea menos de un 5% de los cargos de acceso es una prueba muy relevante para concluir que los Planes estaban siendo, sin lugar a dudas, vendidos muy por debajo de su costo de provisión;

Trigésimo séptimo:

Que, por consiguiente, Constetel accedió a planes con precios, aproximadamente, un 95% inferiores al cargo de acceso. Esto le permitió competir en el mercado minorista como revendedor con una ventaja que no está basada en sus méritos, lo que distingue un proceso competitivo de aquel que no lo es;

Trigésimo octavo:

Que tampoco la demandante acreditó que la conducta imputada hubiese provocado un cierre del mercado. En efecto, la prueba rendida por Constetel al respecto corresponde a las declaraciones testimoniales de René Prieto Chateau, Carlos Miranda Belmar y Alejandra Silva Ramírez, cuyas transcripciones rolan a fojas 417, 512 y 569 respectivamente, las que no logran probar ningún efecto en la competencia de las conductas alegadas. Asimismo, el informe económico que rola a fojas 1123 también hace referencia a este punto, descartando que el corte pueda haber generado efectos negativos sobre el mercado. Lo anterior es refrendado por el autor del mismo informe en la audiencia testimonial, cuya acta rola a fojas 1138;

Trigésimo noveno:

Que, es más, consta del expediente que los Planes no cuentan con diferenciación entre minutos on-net/off-net, que otras empresas minoristas podrían replicarlos, al menos teóricamente, y que Movistar ofreció planes de acuerdo a condiciones de mercado luego del corte; lo que confirma la conclusión señalada en la consideración precedente;

Cuadragésimo:

Que, no habiéndose probado la dominancia de Movistar en el mercado relevante de autos ni los efectos negativos en la competencia de las conductas denunciadas, no se analizarán las justificaciones dadas por la demandada sobre el corte de los Planes, por ser ello innecesario;

Cuadragésimo primero:

Que, por todo lo expuesto, se rechazará en todas sus partes la demanda de Constetel, con costas, por considerar que la demandante no ha tenido motivo plausible para litigar;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º; y 29º del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

1. RECHAZAR la demanda de fojas 1 interpuesta por Constetel Ltda.;

2. CONDENAR en costas a la demandante por no haber tenido motivo plausible para litigar.



SENTENCIA 154/2016 (Causa Rol C 275-14)

“Demanda de Conadecus en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. y otras”

Fecha dictación: 15 de septiembre de 2016.

Ministros que concurren a la vista: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra, Javier Tapia Canales y Tomás Menchaca Olivares.

Demandante: Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (“Conadecus”).

Demandados: Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Claro Chile S.A.

Resumen de la controversia: Conadecus demanda a las empresas de telefonía móvil Telefónica, Claro y Entel porque, en su concepto, habrían infringido el D.L. N° 211 al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la Subtel, excediendo los límites de espectro radioeléctrico del cual cada operador podría disponer lícitamente, acaparando espectro y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente.

Mercado afectado: Mercado mayorista de servicios analógicos y digitales de telefonía y datos móviles en Chile.

Resolución del Tribunal: Se rechaza, con costas, atendido que no existe evidencia clara y concluyente de que las demandadas hayan participado en el Concurso 700 MHz con el fin estratégico de acaparar espectro y poner en peligro su uso efectivo y eficiente. Tampoco existiría evidencia destinada a probar los efectos exclusorios o de cierre de mercado derivados de dicha conducta. Por último indicó que el límite impuesto por la Corte Suprema en el concurso de los 1.700 y 2.000 MHz solo le afectaba a éste y no constituyó una condición permanente impuesta en el mercado.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excm. Corte Suprema (Rol N° 73.923 – 2016).

Temas que trata: Legitimación activa; abuso de posición dominante; licitaciones; poder de mercado; condiciones y barreras de entrada; deber de cuidado; efectos de las sentencias.

Santiago, quince de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 27, el 6 de marzo de 2014, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (en adelante indistintamente "Conadecus") interpuso una demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante indistintamente "Telefónica"), Claro Chile S.A. (en adelante indistintamente "Claro") y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (en adelante indistintamente "Entel"), imputándoles haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (en adelante "D.L. N° 211"). En específico, la demandante sostiene que las demandadas habrían incurrido en dicha infracción al postular en el "Concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos en las bandas de frecuencia de 713-748 MHz y 768-803 MHz" (en adelante el "Concurso 700 MHz"), excediendo los límites de espectro radioeléctrico de que puede disponer lícitamente un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, acaparando dicho recurso y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente, así como la necesaria homogeneidad en su distribución. Todo lo anterior con el objeto y efecto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado, al bloquear o retardar el ingreso de nuevos competidores.

1.1. Conadecus señala que la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante indistintamente "Subtel") licitó a fines de 2013 concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 768-803 MHz, también conocida como "banda de 700 MHz", que sería una de las cinco bandas disponibles en el país para servicios de telefonía móvil.

1.2. La demandante sostiene que con el objeto de velar por la libre competencia, la Excm. Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, dispuso un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil (en adelante la "Sentencia de la Corte Suprema"). Agrega que el mismo límite habría sido establecido previamente por este Tribunal en su Resolución N° 2/2005. En opinión de Conadecus, este límite no habría sido respetado por las demandadas en el "Concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos Fijo y/o Móvil en las bandas de frecuencias 2.505-2.565 MHz y 2.625-2.685 MHz" convocado en 2011 (en adelante el "Concurso 2.600 MHz") y en el Concurso 700 MHz, señalando que, aun cuando las bases de ambos concursos no hicieron referencia al límite de 60 MHz, las demandadas debieron haberlo respetado por ser empresas superdominantes que, como tales, tienen un especial deber de cuidado.

1.3. La actora indica que el mercado relevante estaría constituido por los principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, acceso móvil a internet y servicios complementarios como SMS. Además, sostiene que la jurisprudencia habría reconocido que el principal insumo en el referido mercado relevante es el acceso al espectro radioeléctrico.

1.4. Conadecus afirma que por medio del Concurso 2.600 MHz cada una de las demandadas agregó 40 MHz a su anterior disponibilidad individual

de espectro quedando, previo al Concurso 700 MHz, Telefónica con 95 MHz, Entel con 100 MHz, Claro con 95 MHz, VTR con 30 MHz y Nextel con 60 MHz. Luego, de adjudicarse el Concurso 700 MHz a las demandadas, éstas pasarían a tener, en total, los siguientes anchos de banda: Telefónica 115 MHz, Entel 130 MHz y Claro 115 MHz.

1.5. A juicio de Conadecus, las demandadas habrían aprovechado los siguientes aspectos de las bases del Concurso 700 MHz (en adelante las "Bases") para acaparar espectro radioeléctrico:

1.5.1. En primer lugar, las Bases habrían establecido exigencias de tal magnitud que sólo las demandadas podrían cumplirlas, lo que atentaría contra el marco regulatorio vigente y no fomentaría la libre competencia, a saber: (i) la cobertura obligatoria en 1.200 localidades; (ii) el transporte de datos para terceros desde capitales de regiones; y (iii) la atención gratuita de escuelas.

1.5.2. En segundo lugar, las Bases habrían exigido u otorgado puntaje por presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para operadores móviles virtuales (en adelante indistintamente "OMV") en las nuevas redes de 700 MHz, en circunstancias que es obligación de las demandadas presentar esas ofertas de facilidades y reventa de planes para todas sus redes. Además, esta exigencia no contribuiría al desarrollo de los OMV, porque la mayoría de los usuarios no tiene terminales móviles aptos para esta banda.

1.5.3. Finalmente, las Bases no habrían considerado el límite de 60 MHz de tenencia de espectro.

1.6. Con respecto al límite de 60 MHz de tenencia de espectro, Conadecus expresa que este emanaría de la Resolución N° 2/2005 y de la Sentencia de la Corte Suprema que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal.

1.6.1. Precisa que la Resolución N° 2/2005, que aprobó la fusión entre Telefónica y BellSouth Corporation, dispuso que Telefónica debía vender a terceros no relacionados uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz y que el comprador de ese bloque no podía acumular frecuencias de espectro por más de 60 MHz.

1.6.2. Respecto a la Sentencia de la Corte Suprema que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal, la demandante explica que previo a la licitación de la banda de 2.100 MHz (en adelante el "Concurso 3G"), la Subtel habría consultado a este Tribunal si correspondía establecer en sus bases algún tipo de exclusión o restricción a la participación de las empresas que ya eran concesionarias del servicio telefónico móvil. Mediante Resolución N° 27/2008, este Tribunal se habría pronunciado al respecto, señalando que no resultaba procedente excluir o restringir la participación de las empresas incumbentes. No obstante,

la Sentencia de la Corte Suprema habría determinado que había que imponer un límite de 60 MHz a la cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador de telefonía móvil, actual o potencial, pero no habría prohibido la participación de los operadores existentes, sino señalando que, si la cantidad de espectro acumulado por ellos excedía tal límite, éstos deberían desprenderse de la cantidad de espectro que fuese necesaria para ajustarse al mismo. Al respecto, Conadecus cita la consideración decimoséptima de dicha sentencia, que dispone: "...una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores...".

1.7. Según la demandante habría jurisprudencia adicional sobre el acaparamiento de espectro, citando al respecto la Sentencia N° 13/2005 de este Tribunal. Dicha sentencia habría rechazado la demanda deducida por Entel en contra de la Subtel basada en que ésta última habría restringido o entorpecido la libre competencia al haber llamado a concurso para otorgar concesiones de servicio telefónico local inalámbrico en las frecuencias 3.400 a 3.700 MHz el año 2004, imponiendo como limitación en las bases correspondientes que ninguna empresa o grupo de empresas relacionadas podía acumular más de 100 MHz en una misma zona geográfica, siguiendo el criterio impuesto por la H. Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 584/2000. Al rechazar esta demanda, se habría confirmado la validez y vigencia del límite de 100 MHz.

1.8. Por otra parte, Conadecus señala que la figura del acaparamiento habría sido reconocida por este Tribunal en las Sentencias Nos 86/2009 y 134/2014 y en la Resolución N° 18/2006.

1.9. En cuanto a la intención de las demandadas de acaparar espectro y excluir a potenciales competidores, Conadecus señala que la misma quedaría demostrada por el hecho de no haber mayor urgencia por asignar la banda de 700 MHz, ya que la tecnología no estaría lo suficientemente madura y la demanda por servicios 4G sería menor a la esperada.

1.10. Sostiene que los órganos de defensa de la libre competencia habrían reconocido que aquellos que detentan una posición dominante tienen un especial deber de cuidado en sus actos, que les exige velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia y no generen situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico. Agrega que la figura de un especial deber de cuidado habría sido reconocida en las Sentencias Nos 75/2008, 85/2009, 86/2009 y 115/2011.

1.11. En relación con el objeto e interés legítimo de Conadecus, la demandante sostiene que, de conformidad con sus estatutos, su objetivo es proteger, informar y educar a los consumidores así como asumir su representación

y la defensa de sus derechos. Agrega que, según lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante la "Ley del Consumidor"), las asociaciones de consumidores pueden representar a sus miembros en causas no circunscritas a dicha ley. Añade que este Tribunal ha considerado su opinión en causas no contenciosas, como en la causa rol NC N°388-11.

1.12. Conadecus señala que los principales efectos adversos derivados de la supuesta conducta de acaparamiento serían que: (i) los consumidores chilenos pagan más por los servicios de telecomunicaciones móviles que en otros países; (ii) los consumidores chilenos reciben servicios de menor calidad, en relación a otros países; y, (iii) los consumidores de prepago pagan tarifas hasta veinte veces más altas que las aplicables a clientes de tipo corporativo.

1.13. Atendido lo expuesto, la demandante solicita a este Tribunal:

(i) Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3° del D. L. N° 211, al acaparar e intentar acaparar espectro radioeléctrico, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, bloqueando o retardando en los hechos el ingreso de nuevos competidores a dicho mercado;

(ii) Disponer que se ponga término a la participación de las demandadas en el Concurso 700 MHz y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel;

(iii) Disponer que, en subsidio de lo solicitado en el número anterior, las demandadas se desprendan en el menor plazo posible de las bandas de frecuencias acaparadas en forma ilícita, hasta ajustarse al límite de 60 MHz que dispuso la Excm. Corte Suprema o al que disponga este Tribunal en un debido proceso no contencioso;

(iv) Declarar y disponer que las demandadas se abstengan de seguir acaparando espectro, o ejecutando cualquier conducta que tenga por objeto o efecto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores al mercado; y,

(v) Sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, en virtud de la gravedad de los hechos denunciados y la calidad de reincidentes rebeldes de las demandadas.

2. A fojas 117, el 27 de mayo de 2014, Telefónica contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

2.1. Señala que lo que estaría siendo reprochado son las Bases, puesto que tendrían un supuesto efecto exclusorio, por lo que sostiene que cualquier reparo debería dirigirse a la Subtel. De esta manera, respecto de todas las afirmaciones, pretensiones y solicitudes relacionadas con el Concurso

700 MHz y sus bases, Telefónica opone la excepción de falta de legitimación pasiva. Sostiene que el tipo contenido en el artículo 3° del D.L. N° 211 exige que el demandado ejecute o celebre algún acto contrario a las normas de libre competencia, por lo que resultaría evidente, público y notorio que no le ha cabido autoría de ninguno de los actos objetados por la demandante referidos al Concurso 700 MHz, que son propios del ejercicio de potestades públicas por un órgano público competente. Precisa que: (i) el llamado a concurso es una decisión exclusiva de la autoridad sectorial; (ii) los únicos concursantes fueron las demandadas, por lo que, de no mediar su participación, el concurso habría sido declarado desierto; y (iii) no se observa ningún potencial competidor que haya manifestado interés en adjudicarse la banda de 700 MHz alegando estar excluido o, al menos, nadie impugnó las Bases. Lo anterior, a juicio de Telefónica, permitiría concluir que la demanda de autos sólo busca cuestionar el llamado a concurso de la Subtel. En apoyo a su postura cita la Sentencia N° 75/2008 de este Tribunal.

2.2. Respecto de todas las afirmaciones, pretensiones y solicitudes relacionadas con los actos imputados a Telefónica, ésta opone la excepción de falta de legitimación activa, argumentando que la titularidad de la acción en este juicio sólo podría corresponder a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente “FNE” o la “Fiscalía”) o a un competidor actual o potencial. De esta manera, Telefónica señala que: (i) la titularidad de una acción en un proceso de carácter contencioso implica la afectación de una prerrogativa subjetiva amparada por el Derecho en favor del actor, que dada su condición de parte lo legitima a actuar en el proceso; (ii) no habría un interés actual legítimo comprometido propio de Conadecus, pues no existirían antecedentes que permitan sostener que existe un vínculo causal entre la causa de pedir (participación en el Concurso 700 MHz), por un lado, y la afectación de algún interés de terceros, por el otro; (iii) el interés que Conadecus esgrime no sería la defensa de los derechos colectivos o difusos de los consumidores, sino que el interés general de la colectividad en el orden económico que representa la FNE de conformidad con el artículo 39 letra b) del D.L. N° 211; (iv) el artículo 8° letra e) de la Ley del Consumidor haría referencia al “ejercicio de las acciones y recursos que procedan” y no procedería que Conadecus sea quien se atribuya la titularidad de una acción de libre competencia que correspondería a la FNE de acuerdo a la norma especial y de aplicación preferente contenida en el D.L. N° 211; y, (v) los precedentes citados por Conadecus que justificarían su intervención en autos guardarían relación sólo con procesos de carácter no contencioso, que tienen exigencias distintas a las de un proceso contencioso.

2.3. En subsidio de lo anterior, Telefónica indica que ha actuado al amparo de su derecho constitucional a desarrollar una actividad económica respetando las normas legales que la regulan y en cumplimiento de una obligación legal como concesionario. Respecto de lo primero, explica que ha respetado las normas contenidas en la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (en adelante indistintamente “LGT”), que regula los requisitos para postular, participar y adjudicarse espectro en cada uno de los concursos. Sostiene que los precedentes citados por Conadecus no permitirían sostener la existencia de un límite de 60 MHz. En este sentido, expone que: (i) la Resolución N° 584/2000 y la Sentencia N° 13/2005 se referían

al servicio público telefónico local fijo-inalámbrico, que es distinto al de los Concursos 2.600 y 700 MHz, de modo que el límite de 100 MHz impuesto a las empresas dominantes en el mercado de la telefonía local no sería aplicable al Concurso 700 MHz; (ii) la Resolución N° 2/2005, por su parte, se refirió únicamente al servicio público telefónico móvil de voz y no al de datos, a diferencia de los Concursos 2.600 y 700 MHz. Añade que las condiciones de mercado también eran distintas al tiempo de las indicadas sentencia y resoluciones porque, por ejemplo, no existían entonces los OMV; (iii) la Resolución N° 27/2008, modificada por la Sentencia de la Corte Suprema, sólo se refirió al servicio público telefónico móvil digital avanzado y no al de transmisión de datos. Indica que dicha resolución sólo habría regido para el Concurso 3G, atendido el efecto relativo de las sentencias.

2.4. Adicionalmente, Telefónica afirma que no sería efectivo que la adición de espectro por sobre los 60 MHz infrinja alguna prohibición cuya fuente sea la aplicación de la doctrina del especial deber de cuidado. Telefónica es de la opinión que dicha doctrina no ha recibido un reconocimiento que la constituya en una fuente del Derecho de Competencia. Con todo, agrega que dicha doctrina no sería aplicable a la situación de autos ya que: (i) su aplicación se ha realizado en el contexto de partes consideradas como monopolios legales, cuasi monopolios o superdominantes, lo que no se verificaría en la especie; (ii) para que sea procedente su aplicación, debe configurarse un abuso de posición dominante, pero Telefónica no tendría una posición de dominio ni habría cometido abuso alguno, toda vez que las bandas de frecuencia en cuestión se habrían asignado mediante concursos públicos abiertos, transparentes y de acceso igualitario; (iii) solicitar y obtener espectro por sobre 60 MHz no puede considerarse una infracción a un estándar de cuidado, pues existe una utilidad en obtener tal asignación y porque la Fiscalía habría cerrado la investigación sobre eventuales riesgos anticompetitivos del Concurso 700 MHz (Rol FNE N° 2217-13); y (iv) Telefónica habría actuado de buena fe respetando las indicaciones de la Subtel y de la Fiscalía, lo cual generó su confianza en la legitimidad de su actuar.

2.5. Respecto del cumplimiento de una obligación legal como concesionario, Telefónica explica que, dadas sus obligaciones de cobertura y las condiciones bajo las cuales debe prestar sus servicios, le resulta imprescindible tener acceso a las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico. Por ello, la adición de espectro por parte de Telefónica no tendría por objeto obtener ilícitamente una ventaja competitiva con la sola finalidad de bloquear o retardar la entrada de competidores. En este contexto, Telefónica señala que no habría un frágil nivel de competencia en el mercado de telefonía móvil. En la Resolución N° 27/2008 se detallaron algunos elementos que permitirían favorecer la competencia, los cuales ya se presentarían actualmente, a saber, la entrada de nuevos competidores, la reducción de barreras de entrada mediante la implementación de la portabilidad numérica, la existencia de operadores de infraestructura y la competencia entre las distintas redes.

2.6. Añade que no es efectivo que las bandas que le fueron adjudicadas en el Concurso 700 MHz carezcan de una utilidad real o una eficiencia técnico-económica, toda vez que la banda de 700 MHz sería complementaria a la asignada en el Concurso 2.600 MHz, por sus distintas características de

propagación. En este sentido, explica que requiere y tiene incentivos para adjudicarse espectro en la banda de 700 MHz, ya que: (i) los usuarios estarían cambiando sus usos y su comportamiento desde un tráfico de voz a uno de datos, que utiliza un mayor ancho de banda; (ii) una asignación de espectro en esta banda le permitiría competir con el servicio de internet de banda ancha fija; y (iii) la inejecución del proyecto comprometido con el espectro asignado en la banda de 700 MHz implicaría el cobro de boletas de garantías ascendentes a cincuenta millones de dólares de Estados Unidos de América.

2.7. En opinión de Telefónica, las siguientes consideraciones de contexto también justificarían el rechazo de la demanda:

2.7.1. En primer lugar, participar en concursos para la asignación de espectro radioeléctrico implicaría incurrir en altos costos, como el pago por asignación y la emisión de boletas de garantía para el cumplimiento del servicio comprometido.

2.7.2. En segundo lugar, de ser cierta la interpretación de Conadecus, sólo 30 MHz en la banda de 700 MHz podrían ser asignados a operadores móviles con redes y, de los operadores móviles con red, sólo VTR podría haber participado en el Concurso 700 MHz. En este escenario, las demandadas tendrían que desprenderse de infraestructura costosa que han levantado. Añade que la tenencia de espectro no es un requisito fundamental para competir en el mercado de telefonía móvil.

2.7.3. En tercer término, indica que en la demanda no se señala cómo la participación de Telefónica en el Concurso 700 MHz pudiese tener un impacto negativo en el bienestar de los consumidores.

2.7.4. En cuarto término, Telefónica sostiene que una restricción de spectrum cap afectaría la inversión de los operadores que requieren de la banda de 700 MHz y no fomentaría el despliegue de infraestructura. Finalmente, sostiene que la banda de 700 MHz tiene otros beneficios, como una mejor propagación de la señal, se requieren menos celdas para cubrir la misma superficie y conlleva un menor impacto ambiental y visual.

2.8. Atendido lo expuesto, Telefónica solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas. En subsidio, solicita se lo exima de multa por haber actuado de buena fe siguiendo las indicaciones de la autoridad sectorial y de la FNE. En subsidio de lo anterior, pide que se rebaje sustancialmente el monto de la multa, dado que la responsabilidad de Telefónica estaría atenuada.

3. A fojas 291, el 30 de junio de 2014, Claro contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

3.1. Claro indica que no ha participado en el Concurso 700 MHz, sino que fue Claro Servicios Empresariales S.A. y que, en cualquier evento, ni ésta ni aquella se encontrarían afectadas por una prohibición legal de participar en tal concurso.

3.2. A juicio de Claro, Conadecus habría formulado un reproche a las Bases, en las que Claro no habría tenido ninguna injerencia. De esta manera, sostiene que la redacción de las Bases la realizó la Subtel en ejercicio de sus facultades discrecionales, y que habría considerado aspectos de políticas públicas de telecomunicaciones y objetivos de libre competencia, toda vez que Subtel: (i) incorporó en las Bases una obligación de respetar las instrucciones emitidas por este Tribunal en los contratos o servicios que se presenten en el futuro por medio de las bandas adjudicadas; (ii) otorgó puntaje por porcentaje de descuento para planes de uso de red para OMV y roaming automático nacional; (iii) estableció la obligación de mantener, durante la vigencia de la concesión, una oferta de facilidad y reventa de planes para OMV y una oferta básica de interconexión para la provisión de roaming nacional; (iv) aseguró que cada persona jurídica podía adjudicarse un solo bloque; y (v) estableció bloques asimétricos, permitiendo así la participación de empresas de distintos tamaños.

3.3. Agrega que la Fiscalía compartió el criterio de la Subtel en cuanto a que las Bases considerarían políticas de competencia, pues aquella inició el 9 de mayo de 2013 una investigación respecto del Concurso 700 MHz, la cual fue archivada por no identificarse riesgos para la libre competencia. Asimismo, sostiene que las cláusulas sociales incorporadas en las Bases buscaron la conectividad de sectores alejados.

3.4. Claro indica que el concurso fue un procedimiento abierto a incumbentes y desafiantes y fue el resultado de un proceso competitivo. Explica que en una licitación, la competencia se produciría ex ante por el solo hecho de participar al menos dos actores y, en este caso, participaron cinco agentes económicos. Añade que las ofertas presentadas por Claro Servicios Empresariales S.A. fueron garantizadas con boletas de garantía y, dado que se produjo un empate técnico, se procedió a aplicar el mecanismo de subasta establecido en el artículo 13 C de la LGT, por lo que se pagó por la asignación, todo lo cual descartaría cualquier conducta especulativa. A mayor abundamiento, señala que la concesión asignada a Claro Servicios Empresariales S.A. la obligaría a invertir en el desarrollo de redes para usar las frecuencias asignadas.

3.5. Claro sostiene que necesitaría el bloque que le ha sido adjudicado para desarrollar su actividad. A este respecto indica que, atendido el desarrollo tecnológico en el mercado de telefonía móvil, se requeriría mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de los consumidores, quienes consumen cada vez más servicios de transmisión de datos, los que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. Añade que, al ser Claro el actor de menor tamaño en el mercado de internet, el espectro asignado es lo que le permitirá desafiar este mercado.

3.6. En opinión de Claro, los mercados relevantes de autos serían el de transmisión de voz móvil y transmisión de datos o banda ancha móvil. Al respecto señala que ella no tendría una posición dominante en ninguno de ellos, pues en transmisión de voz tendría un 22,5% de participación, mientras que en datos, tendría un 18,8%. Agrega que a contar del año 2008 han ingresado nuevos actores, lo que demostraría que el mercado es desafiante

y que ya no sería necesario contar con espectro para poder prestar servicios de telefonía e internet móvil.

3.7. Claro afirma que Conadecus no tendría legitimación activa para accionar en autos. Argumenta que el artículo 8° de la Ley del Consumidor establece de manera taxativa las funciones que puede llevar a cabo una asociación de consumidores y circunscribiría la legitimación activa de la actora a las acciones que señala tal ley y que se ejerzan con el fin de velar por el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores. De esta manera, al no estar contemplada la acción contenciosa de libre competencia en la Ley del Consumidor, no correspondería a Conadecus ejercer la acción de autos. Agrega que la jurisprudencia de este Tribunal, establecida en la Sentencia N° 98/2010, ha delimitado con claridad quienes tienen legitimación activa para accionar en esta sede, requiriendo que el legitimado para accionar tenga la calidad de víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, lo cual sólo podría concurrir si la demandante participa, actual o potencialmente, en el mercado o involucra otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por la conducta. Concluye que Conadecus no tendría la calidad de víctima directa. Finalmente, señala que los precedentes judiciales que cita Conadecus no serían relevantes ya que ellos dicen relación con procedimientos no contenciosos.

3.8. Claro argumenta que también habría una falta de legitimación pasiva respecto de ella. En efecto, indica que en la demanda se objetan elementos del Concurso 700 MHz, el cual ha sido diseñado, evaluado y adjudicado por la Subtel y en el que sólo Claro Servicios Empresariales S.A. participó como proponente, por lo que a Claro no le cabe participación alguna en los actos que son objeto del reproche formulado en la demanda. A juicio de Claro, de acuerdo a la Sentencia N° 75/2008, no sólo sería procedente acoger su excepción de falta de legitimidad pasiva, sino que este Tribunal estaría inhibido de aplicar sanciones respecto de los actos o decisiones de Subtel.

3.9. En subsidio de lo anterior, Claro sostiene que no existe una prohibición o impedimento que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz. Así, afirma que los precedentes que invoca Conadecus emanan de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos concretos y específicos, y que la cosa juzgada que emanaría de tales pronunciamientos sería eficaz sólo en los procesos concretos en que se produjeron o en relación al estado de cosas tenido en consideración al decidir, por lo que lo dispuesto en tales resoluciones no podría ser extrapolado y aplicado a otros procesos o a un estado de cosas sustancialmente diverso.

3.10. En este contexto, señala que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, ya que, a esa fecha: (i) las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil; (ii) aún no se habían desarrollado los OMV; (iii) no se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica; y (iv) el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente.

3.11. Claro explica que no existiría un abuso de posición dominante de naturaleza exclusiva. En primer lugar, afirma que ella no gozaría de una posición dominante en el mercado de telefonía móvil o de transmisión de datos móvil. Agrega que tampoco habría cometido abuso alguno, puesto que no vislumbra cómo participar en el Concurso 700 MHz podría constituir un acto distinto de aquellos propios y naturales de quienes participan en una situación normal de competencia en las transacciones comerciales de productos o servicios, o bien un medio distinto de los que rigen una competencia basada en los méritos. Así, el derecho a participar en un concurso estaría protegido por la garantía contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

3.12. Agrega que la teoría del deber especial de cuidado resultaría inaplicable, ya que Claro no tendría una posición de dominio. También señala que dicha teoría tendría aplicación sólo en casos de superdominancia, lo que tampoco se daría en la especie.

3.13. A juicio de Claro habría una inexistencia e inaplicabilidad en autos de la supuesta teoría general del acaparamiento. Así, afirma que Conadecus no habría indicado qué entiende por acaparamiento ni cómo ello se enmarcaría dentro del artículo 3° del D.L. N° 211. Sostiene que los precedentes jurisprudenciales citados por Conadecus serían sustancialmente diferentes al caso de autos por los siguientes motivos: (i) respecto de la Sentencia N° 86/2009, señala que en dicho proceso se habría sancionado por haber solicitado derechos de aprovechamiento sin haber consultado previamente, puesto que se había impuesto tal carga en un procedimiento no contencioso previo, mientras que, tratándose de espectro radioeléctrico, no hay un procedimiento previo respecto de las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz; (ii) tratándose de la Sentencia N° 134/2014, indica que dicho proceso versó sobre un acuerdo colusorio por parte de cinco empresas de transporte de pasajeros, mientras que en autos se imputan tres conductas unilaterales paralelas e independientes entre sí; y (iii) en lo relativo a la Resolución N° 18/2006, se habría impuesto a la Dirección General de Aguas el deber de informar de a la Fiscalía Nacional Económica cuando se soliciten derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para la generación hidroeléctrica, mientras que en este proceso la FNE archivó la investigación que llevaba sobre el Concurso 700 MHz.

3.14. En subsidio de lo anterior, señala que existiría una desproporción entre la multa que Conadecus solicita que se imponga y la conducta que imputa a Claro y al resto de las demandadas. Asimismo, niega la reincidencia que alega la actora.

3.15. En atención a lo anterior, Claro solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

4. A fojas 327, el 30 de junio de 2014, Entel contestó la demanda de Conadecus, solicitando su rechazo con costas, por las siguientes consideraciones:

4.1. En primer término, Entel alega la falta de legitimación activa de Conadecus. Explica que el D.L. N° 211 no conferiría acción popular y que Co-

nadecus no tendría la calidad de parte. Agrega que la representación del interés general de la colectividad sería privativa de la Fiscalía. En este sentido cita la Sentencia N° 98/2010 de este Tribunal, que habría establecido que pueden ser parte sólo los sujetos pasivos inmediatos de la conducta supuestamente ilícita, situación que no se daría con Conadecus, quien invoca un espíritu de defensa de la libre competencia y el supuesto interés de consumidores finales, en circunstancias que el supuesto límite de tenencia de espectro sólo favorecería a potenciales competidores o entrantes. Así, concluye que en la demanda no habría claridad sobre la persona que resulta ofendida por la conducta que se imputa.

4.2. Adicionalmente, señala que los precedentes citados por Conadecus para justificar su calidad de legitimado activo no se aplicarían en la especie, ya que ellos se refieren a procesos no contenciosos, en los que se exige un interés legítimo, concepto que sería distinto al de parte que establece el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211, atendido que ambos procedimientos tendrían una naturaleza diferente.

4.3. Sostiene que Conadecus no tendría facultades para representar el interés de competidores actuales o potenciales. Explica que, en el petitorio de la demanda de autos, la demandante pareciera indicar que el interés que invoca es el de los competidores supuestamente bloqueados o cuyo ingreso habría sido retardado. En consecuencia, si la tesis de Conadecus fuera cierta, sólo esos potenciales entrantes y la FNE podrían plantear la demanda de autos.

4.4. A mayor abundamiento, indica que Conadecus carecería de interés actual, real y legítimo para interponer la demanda de autos, puesto que de acuerdo con las normas del Concurso 700 MHz, no podría considerársele como un interesado directo. Así, en materia contencioso administrativa, quienes tienen interés directo son únicamente quienes hayan intervenido en ellos como parte interesada. Esta sería la regla en los procesos de licitación pública regulados por la Ley de Contratación Pública, criterio que habría sido reconocido por la Excm. Corte Suprema y que sería concordante con las normas de la Ley N° 19.880. Por lo anterior, no habiendo participado Conadecus en el Concurso 700 MHz, su derecho para impugnar las bases y los resultados de tal concurso habría precluido con las resoluciones que asignaron las concesiones de espectro radioeléctrico.

4.5. Por otro lado, Entel sostiene que habría una falta de legitimación pasiva. Argumenta que la demanda de autos no habría sido dirigida contra el sujeto pasivo de los hechos que la fundamentan. En primer término, porque Entel no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que quien habría participado y a quien le habrían asignado frecuencias en la banda de 700 MHz habría sido Will S.A., quien, si bien es una empresa relacionada con Entel, ello no permitiría atribuir a esta última una conducta relativa a un concurso en el que no habría participado. Concluye que Conadecus debió haber demandado a la persona que participó en el Concurso que acusa viciado.

4.6. Adicionalmente, Entel señala que Conadecus basa íntegramente su imputación de acaparamiento en las condiciones en que se organizó el Con-

curso 700 MHz y en sus bases, por lo que no se aprecia cómo ella podría tener legitimación pasiva en autos. De esta manera, agrega que, de conformidad con el artículo 13 C de la LGT, sería el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones quien tendría la autoridad para definir las condiciones de un concurso público, lo que haría evidente que es dicho ministerio, por medio de la Subtel, el legitimado pasivamente en el caso de autos. Añade que la jurisprudencia de este Tribunal, en la Sentencia N° 75/2008, habría reconocido que debe aceptarse la excepción de legitimación pasiva si lo que se cuestiona son las bases de licitación dictadas por una entidad que no ha sido demandada en el juicio.

4.7. Sin perjuicio de la excepción de falta de legitimación pasiva que opone Entel, esta también señala que la demanda de autos debería ser rechazada dado el litisconsorcio pasivo necesario que existiría entre las demandadas y la Subtel. Sostiene que la falta de comparecencia en este proceso le generaría graves perjuicios a la Subtel, ya que la acción de Conadecus buscaría dejar sin efecto todo lo obrado en el Concurso 700 MHz. Atendido lo anterior y con el objeto de proteger el principio de la bilateralidad de la audiencia, la Subtel debería haber sido emplazada.

4.8. A juicio de Entel, no existiría el ilícito que se le imputa. A este respecto sostiene que no sería posible derivar un ilícito de la participación en un concurso público llevado a cabo válidamente por el órgano de la administración competente en la materia. Lo anterior lo fundamenta en que: (i) dado que el Concurso 700 MHz constituye un procedimiento administrativo compuesto por diversos actos administrativos, éstos gozan de una presunción de legalidad, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 19.880. De esta manera, no habiendo sido declaradas ilegales las Bases, la presunción de legalidad se mantendría, por lo que Entel habría actuado bajo la confianza de tal presunción; (ii) la FNE realizó una investigación al Concurso 700 MHz, que en definitiva habría sido archivada ya que de los antecedentes revisados no habría observado hechos, actos o convenciones contrarias al D.L. N° 211. Agrega que el informe evacuado por el Jefe de la Unidad de Investigaciones de la FNE incluso habría destacado algunas de las condiciones del Concurso 700 MHz; (iii) la FNE habría participado en conjunto con la Subtel en la redacción de las Bases, con el objeto de fomentar la competencia a través de este concurso, según se acreditaría en la respuesta 189 evacuada por la Subtel en el proceso de consultas y respuestas; y (iv) sería imposible derivar de la participación en el Concurso 700 MHz un ilícito competitivo.

4.9. Entel también señala que no existiría un ilícito contra la libre competencia. Sostiene que la conducta de acaparamiento correspondería a una conducta unilateral anticompetitiva de tipo exclusorio. En este sentido, considera que no se cumpliría ninguno de los requisitos necesarios para configurar ese tipo de abusos, ya que: (i) ella no tendría una posición de dominio en el mercado de telefonía móvil; (ii) la participación en un concurso público no puede constituir una conducta abusiva, ya que la expresión "abuso" excluiría aquellas conductas realizadas al amparo de la legislación; (iii) la participación de Will S.A. en el Concurso 700 MHz no habría tenido un efecto exclusorio puesto que no habría habido nadie a quien excluir. Así, Entel no se explica cómo se produciría la exclusión

atendido que la participación de Will S.A. sería posterior al momento en que debieron haber participado los otros supuestos interesados; (iv) la conducta imputada sería inepta para excluir, ya que no sería necesario contar con espectro radioeléctrico para prestar servicios móviles; y (v) no sería aplicable la doctrina de las facilidades esenciales, porque no hay tales instalaciones dado que existen redes de otras compañías y porque tampoco habría negativa de venta.

4.10. Por otra parte, Entel alega que no existe un supuesto deber especial de abstención en el concurso. Ello, dado que Entel no tendría una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, ya que compite con otras cuatro redes y compañías; y porque las Bases impusieron la obligación de realizar oferta de facilidades a los OMV. En consecuencia, a juicio de Entel, la alegación de Conadecus carecería de sentido, ya que lo que se busca con la construcción del especial deber de cuidado es proteger a terceros de abusos exclusorios, pero no impedir que una empresa compita.

4.11. Entel sostiene que serían improcedentes las imputaciones referidas a la regulación del Concurso 700 MHz. Esto se debería a que la Sentencia de la Corte Suprema tendría efectos relativos al procedimiento en el cual se dictó y no generales, ya que de la lectura de tal fallo quedaría claro que las condiciones impuestas dirían relación con el Concurso 3G y, por tanto, habrían sido cumplidas en el concurso respectivo, el cual ya concluyó. Entel agrega que no podría extenderse el contenido de ese fallo a asuntos que no fueron tratados ni resueltos en ese procedimiento. Añade que las circunstancias del mercado actual serían más competitivas que cuando se dictó la Sentencia de la Corte Suprema, porque existirían cinco empresas que operan redes y OMV.

4.12. Finalmente, Entel afirma que no sería efectivo que las Bases sean contrarias a la libre competencia. En efecto, indica que: (i) la exigencia de cobertura obligatoria sería parte de las condiciones que pueden imponerse para la concesión de espectro radioeléctrico. Ello correspondería a la definición que efectúa la autoridad sectorial en el ámbito de sus atribuciones e iría en beneficio directo de los consumidores; (ii) la exigencia de presentar una oferta de facilidades para OMV habría sido incorporada a las Bases para fomentar la competencia en los servicios móviles; y, (iii) no existiría el límite de 60 MHz, lo que habría quedado de manifiesto al tramitarse el Concurso 2.600 MHz sin restricción alguna a la participación y sin reclamación alguna por parte de Conadecus u otros.

4.13. En atención a lo anterior, Entel solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

5. A fojas 370, mediante resolución de fecha 17 de julio de 2014, el Tribunal recibió la causa a prueba, fijando los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: "1. Estructura, y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en la demanda; 2. Participación de las demandadas en el proceso licitatorio de la banda de 700 MHz; y, 3. Efectos de las conductas denunciadas para la libre competencia".

6. Documentos acompañados por las partes:

6.1. La demandante acompañó al proceso los siguientes documentos: a fojas 1211: (i) Copia de entrevista a Andrés Gómez Lobo en el Diario El Pulso, de 6 de noviembre de 2013; (ii) Copia de columna de opinión de Eduardo Bitrán en el Diario La Segunda, de 19 de noviembre de 2013; (iii) Copia de entrevista a Eduardo Bitrán en el Diario Estrategia, de 23 de diciembre de 2013; (iv) Copia de entrevista a Eduardo Bitrán en el Diario Estrategia, de 31 de diciembre de 2014; (v) Impresión de nota de prensa "Parque de dispositivos aptos para 4G llega a 1,3 millón al primer semestre" publicada en el Diario Financiero, de 12 de septiembre de 2014; (vi) Copia de entrevista a Pedro Huichalaf en el Diario Estrategia, de 21 de noviembre de 2014; (vii) Trabajo "The misguided and misleading spectrum discussion", de Roger Entner; (viii) Copia de entrevista a Jorge Atton en el Diario La Tercera, de 22 de septiembre de 2013; (ix) Copia de entrevista a Roberto Muñoz Laporte, en el Diario Financiero Online, de 27 de septiembre de 2013; (x) Copia de carta de Conadecus a Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, de 23 de octubre de 2014; (xi) Extracto de libro "Historia de la libre competencia en Chile" de Patricio Bernedo; (xii) Copia de columna de opinión de Edison Ortiz en el Diario El Mostrador, de 6 de febrero de 2015; (xiii) Copia de columna de opinión de Geraldine González en el Diario El Mostrador, de 12 de febrero de 2015; (xiv) Carta de Hernán Calderón en el Diario El Mostrador, de 17 de febrero de 2015; (xv) Presentación "Banda 700 MHz: El caso chileno", de Cristián Sepúlveda Tormo; y (xvi) Impresión de nota de prensa "Subtel investiga el real uso de espectro que están haciendo las telefónicas móviles" publicado en el Diario La Tercera, de 14 de octubre de 2013.

6.2. Telefónica acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 117: (i) Copia de Resolución Exenta N° 265 de 2013, de la Subtel, que Fija Norma Técnica para el Uso de la Banda de Frecuencias de 700 MHz; (ii) Copia de Informe de 20 de febrero de 2014, en virtud del cual el Jefe de Unidad de Investigaciones sugiere al Fiscal Nacional Económico el cierre de la investigación Rol FNE N° 2217-2013, sobre la banda de 700 MHz; (iii) Copia de Resolución de 26 de febrero de 2014, en virtud de la cual el Fiscal Nacional Económico archivó la investigación Rol FNE N° 2217-2013; (iv) Copia de Bases del Concurso 2.600 MHz; y (v) Copia de Resolución Exenta N° 3.976 de 2013, de la Subtel, que aprobó las bases del Concurso 700 MHz, y copia de estas últimas. A fojas 1271: (i) Copia del recibo de venta de bases para Concurso 700 MHz a nombre de Telefónica, de 16 de noviembre de 2013 y del respectivo comprobante de depósito; (ii) Copia de las consultas a las bases del Concurso 700 MHz; (iii) Copia de Resolución Exenta N° 4.620 de 2013, de la Subtel, que aprobó enmiendas y respuestas de consultas a las bases del Concurso 700 MHz; (iv) Copia de tres boletas de garantía tomadas por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 700 MHz; (v) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la oferta para el Concurso 700 MHz; (vi) Copia del Acta de Licitaciones para las asignaciones de concesiones en las bandas 700 MHz de la Subtel; (vii) Copia de Resolución Exenta N° 758 de 2014, del MTT, que asigna a Telefónica bandas de frecuencia 700 MHz; (viii)

Copia de carta de fecha 2 de abril de 2014, dirigida por el Presidente del Directorio de Conadecus al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en la que constaría su oposición al otorgamiento de las concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz; (ix) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 2 de abril de 2014 por Telecomunicaciones Digitales Integradas S.A.; (x) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 22 de abril de 2014 por Telestar Móvil S.A.; (xi) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 17 de abril de 2014 por Netline Mobile S.A.; (xii) Copia del escrito por el que Telefónica contestó el traslado de la oposición de Telestar Móvil S.A.; (xiii) Copia de Resolución Exenta N° 22.500 de 2014, del MTT, que acumula y rechaza las reclamaciones de oposición deducidas por Netline Mobile S.A., Telestar Móvil S.A. y Conadecus a las asignaciones de concesiones en el Concurso 700 MHz; (xiv) Copia de Resolución Exenta N° 2501 de 2014, del MTT, que rechaza la reclamación de oposición deducida por Telecomunicaciones Digitales Integradas S.A. a las asignaciones de concesiones en el Concurso 700 MHz; (xv) Copia del recurso extraordinario de revisión interpuesto el 7 de agosto de 2014 por Conadecus en contra de las resoluciones que aprobaron las bases del concurso 700 MHz; (xvi) Copia de la Resolución Exenta N° 3.361 de 2014, del MTT, que rechazó el recurso extraordinario de revisión deducido por Conadecus; (xvii) Oficio ordinario N° 1.283 de 2014, de Subtel, que informa a la FNE respecto de la aplicación de la medida establecida por la Excma. Corte Suprema en el procedimiento de consulta sobre participación de actuales concesionarios de telefonía móvil en concurso de telefonía móvil avanzada; (xviii) Copia del recibo de venta de bases para Concurso 2.600 MHz a nombre de Telefónica, de 15 de diciembre de 2011 y del respectivo comprobante de depósito; (xix) Copia de las consultas a las bases del Concurso 2.600 MHz; (xx) Copia de Resolución Exenta N° 517 de 2012, de Subtel, que aprobó respuestas de consultas a las bases del Concurso 2.600 MHz; (xxi) Copia de tres boletas de garantía tomadas por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 2.600 MHz; (xxii) Copia de boleta de garantía con pagaré tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la oferta para el Concurso 2.600 MHz; (xxiii) Copia del Acta de Licitaciones para las asignaciones de concesiones en las bandas de 2.600 MHz de la Subtel; (xxiv) Copia de Resolución Exenta N° 3929 de 2012, del MTT, que asigna a Telefónica una concesión en la banda de 2.600 MHz; (xxv) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar las localidades obligatorias del Concurso 2.600 MHz; (xxvi) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar el fiel, íntegro y oportuno cumplimiento de la ejecución del proyecto para el Concurso 2.600 MHz; (xxvii) Copia de carta N° 83, de Telefónica a Subtel, de 3 de octubre de 2012, y copia del comprobante de pago del monto ofertado por el Bloque C en el Concurso 2.600 MHz; (xxviii) Copia del Decreto N° 176 de 2012, de Subtel, que otorga concesión en la banda de 2.600 MHz, correspondiente al bloque C; (xxix) 33 facturas, en carácter confidencial, que acreditarían inversiones en publicidad en medios escritos efectuadas con el objeto de comercializar y dar a conocer el servicio de telefonía

móvil 4G; y (xxx) 29 facturas, en carácter confidencial, que acreditarían inversiones en publicidad en medios televisivos efectuadas con el objeto de comercializar y dar a conocer el servicio de telefonía móvil 4G.

6.3. Claro acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 503: (i) Carta de Conadecus sobre oposición al otorgamiento de concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz, ante Subtel, de 2 de abril de 2014; (ii) Resolución Exenta N° 2.500 de 2014, de Subtel, en la que se acumulan y rechazan las oposiciones deducidas por Netline Mobile S.A., Telestar Móvil S.A. y Conadecus en contra de las resoluciones exentas N°758, 759 y 760 de 2014; (iii) Acta de recepción y apertura de los sobres que contenían la oferta técnica de Claro, de 13 de enero de 2014; (iv) Oferta económica de Claro, de 30 de diciembre de 2013; (v) Resolución Exenta N° 760 de 2014, de Subtel; (vi) Copia de seis boletas de garantía tomadas por Claro Servicios Empresariales S.A. a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 700 MHz; (vii) Informe Series Estadísticas Primer Trimestre 2013, elaborado por Subtel; (viii) Documento "Sector Telecomunicaciones", elaborado por Subtel; (ix) Láminas publicitarias relativas al servicio de internet móvil 4G de Claro; (x) Copia de informe que da cuenta sobre cuantía y distribución de la inversión publicitaria de Claro; y (xi) Consulta presentada por la FNE para regular el mercado secundario de espectro, tramitada bajo el Rol ERN N°21-14.

6.4. Entel acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 261: (i) Copia del documento "Enmiendas y Respuestas a consultas a las Bases del Concurso Público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713 - 748 MHz y 768 -803 MHz"; (ii) Copia del Informe de 20 de febrero de 2014, en virtud del cual el Jefe de Unidad de Investigaciones sugiere al Fiscal Nacional Económico el cierre de la investigación Rol FNE N° 2217-2013, sobre la banda de 700 MHz; (iii) Copia de la Resolución de 26 de febrero de 2014, en virtud de la cual el Fiscal Nacional Económico archivó la investigación Rol FNE N° 2217-2013; (iv) Copia de la Resolución Exenta N° 3.976 de 2013, de Subtel, que aprobó las bases del Concurso 700 MHz, y copia de estas últimas; y (v) Copia de la Resolución Exenta N° 759 de Subtel, de 2014.

7. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

7.1. Conadecus presentó, a fojas 27, el informe técnico-económico "Concurso público de 700 MHz. Condiciones anticompetitivas de las Bases de Licitación y posibles soluciones", de los señores Oscar Cabello e Israel Mandler.

7.2. Claro presentó, a fojas 503, el informe denominado "Informe de Estudio: Regulación de uso de espectro en mercados de servicios inalámbricos en Chile", de los señores Rodrigo Harrison y Roberto Muñoz.

7.3. Entel presentó, a fojas 1.341, el informe en derecho "Legitimación y litisconsorcio necesario en el Derecho de la competencia chileno", del señor Raúl Núñez.

8. Prueba testimonial rendida por las partes:

8.1. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Conadecus: (i) a fojas 560 y 572, el señor Jaime Avilés Soto (la transcripción de su declaración rola a fojas 646); y (ii) a fojas 562, el señor Roberto Von Bennewitz (la transcripción de su declaración rola a fojas 578).

8.2. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Telefónica: (i) a fojas 633, la señora María Constanza Hill Corvalán (la transcripción de su declaración rola a fojas 902); (ii) a fojas 684, el señor Raúl Lazcano Moyano (la transcripción de su declaración rola a fojas 942); y (iii) a fojas 1.086, el señor Javier Barría Vera (la transcripción de su declaración rola a fojas 1.107).

8.3. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Claro: (i) a fojas 704, el señor Patricio Varas Palma (la transcripción de su declaración rola a fojas 715); y (ii) a fojas 1.034, el señor Jorge Atton Palma (la transcripción de su declaración rola a fojas 1.053 bis).

8.4. El siguiente testigo declaró en el proceso a solicitud de Conadecus y Entel: a fojas 711, el señor Cristián Sepúlveda Tormo (la transcripción de su declaración rola a fojas 784).

9. Prueba confesional rendida por las partes:

9.1. A fojas 762 absolvió posiciones el señor Roberto Muñoz Laporte en representación de Telefónica.

9.2. A fojas 777 absolvió posiciones el señor Mauricio Escobedo Vásquez en representación de Claro.

9.3. A fojas 783 absolvió posiciones el señor Hernán Calderón Ruiz en representación de Conadecus.

9.4. A fojas 1.104 absolvió posiciones el señor Cristián Maturana Miquel en representación de Entel.

10. Exhibiciones de documentos:

10.1. A fojas 898 Conadecus exhibió los siguientes documentos: (i) Carta de fecha 2 de abril de 2014, dirigida por el Presidente del Directorio de Conadecus al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en la que constaría su oposición al otorgamiento de las concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz; (ii) Resolución Exenta N° 2500 de 2014, de Subtel, en la que se acumulan y rechazan las oposiciones deducidas por Netline Mobile S.A., Telestar Móvil S.A. y Conadecus en contra de las resoluciones exentas N°758, 759 y 760 de 2014; (iii) Copia del recurso extraordinario de revisión interpuesto el 7 de agosto de 2014 por Conadecus en contra de las resoluciones que aprobaron las bases del concurso 700 MHz; (iv) Copia de Resolución Exenta N° 3361 de 2014, de Subtel, que rechazó el recurso extraordinario de revisión deducido por Conadecus; y (v) Copia de los estatutos de Conadecus.

11. Oficios de autoridades públicas:

11.1. A fojas 635 rola el oficio ordinario N° 9.285 de Subtel, de 2 de octubre de 2014. A fojas 1.361 la Subtel aporta nuevos antecedentes, mediante oficio ordinario N° 5.215, de 15 de abril de 2015.

12. Percepciones documentales:

12.1. A fojas 535 se realizó la audiencia de percepción documental de archivos presentados por Claro respecto de comerciales acerca de la tecnología 4G.

12.2. A fojas 1.345 se realizó la audiencia de percepción documental de archivos presentados por Telefónica respecto de campañas de publicidad de la tecnología 4G.

13. Observaciones a la prueba:

13.1. A fojas 1.211, 1.368, 1.393 y 1.406 rolan las observaciones a la prueba presentadas por Conadecus, Claro, Telefónica y Entel, respectivamente.

14. A fojas 1.263, con fecha 3 de marzo de 2015, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

15. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 19 de mayo de 2015, según consta en certificado que rola a fojas 1.537.

16. El 24 de julio de 2015 el Tribunal dictó la Sentencia N° 146/2015, la cual acogió la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las demandadas. Atendido lo anterior y considerando que la falta de legitimación activa configura una excepción perentoria de consideración previa respecto de todo otro análisis relativo a aspectos sustanciales de la controversia, el Tribunal rechazó la demanda.

16.1. El Tribunal resolvió que Conadecus no tenía la calidad de sujeto pasivo inmediato de la conducta que imputó. En efecto, señaló que dicha asociación de consumidores no participa en el mercado supuestamente afectado por la conducta imputada. En consecuencia, no habiendo explicado la actora cómo el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores podría verse afectado inmediata y directamente por dicha conducta, concluyó que ella no tenía legitimación activa para presentar una demanda por actos exclusorios, como la de autos, por un eventual acaparamiento.

16.2. A fojas 1.572, el seis de agosto de 2015, Conadecus interpuso un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 146/2015, argumentando que: (i) los principales afectados por conductas anticompetitivas, además de los competidores actuales o potenciales, son los consumidores y usuarios, quienes constituyen los principales beneficiarios de las normas de protección de la libre competencia; y (ii) la sentencia resulta contradictoria con una resolución del Tribunal que señaló ante una consulta que ella debía ser tramitada en un proceso contencioso.

16.3. La Excm. Corte Suprema, el 20 de abril de 2016, acogió el recurso de reclamación interpuesto por Conadecus y ordenó que vuelvan los autos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a fin que se pronuncie sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento. Fundó lo anterior en que las asociaciones de consumidores tienen legitimación para la defensa de los intereses generales (ya sean colectivos o difusos) de los mismos. En este sentido, estas asociaciones pueden válidamente presentar ante este Tribunal una demanda por estimar que la participación de determinadas empresas de telefonía móvil en un concurso de asignación de espectro radioeléctrico reviste un potencial efecto anticompetitivo, el que puede alcanzar a quienes, como consumidores, requieren dichos servicios. Agregó que Conadecus sí tiene un interés en que este Tribunal analice los riesgos que, para la competencia, ella vislumbra en la conducta materia de autos y que, por ende, está revestida de la legitimación activa para deducir la demanda de autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que en estos autos Conadecus demanda a las empresas de telefonía móvil Telefónica, Claro y Entel porque, en su concepto, habrían infringido el D.L. N° 211 al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la Subtel, excediendo los límites de espectro radioeléctrico del cual cada operador podría disponer lícitamente, acaparando espectro y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente. A juicio de la demandante, tanto la Excm. Corte Suprema mediante sentencia de 27 de enero de 2009 dictada en la causa rol 4797-08 (en adelante, la "Sentencia de la Corte Suprema"), como este Tribunal en su Resolución N° 2/2005, habrían establecido un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que cada empresa puede tener. Sostiene que, si bien dicho límite no se habría señalado en las bases del referido concurso, las demandadas, en su carácter de empresas "superdominantes", sobre las cuales pesaría un especial deber de cuidado, deberían haberse abstenido de participar en este concurso, ya que éstas deben velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia y no generen situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico;

Segundo:

Que, al contestar la demanda, Telefónica opone en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva, pues, dado que el reproche de la demandante se referiría a las bases del Concurso 700 MHz, cualquier alegación debe ser dirigida en contra de la Subtel. En segundo lugar, alega la falta de legitimación activa de Conadecus, toda vez que la titularidad de la acción de autos le correspondería a la FNE como representante del interés general de la colectividad en el orden económico, o bien, a un competidor actual o potencial de las demandadas, en tanto afectado directo por los actos imputados. En subsidio de ambas excepciones, Telefónica señala que no existía impedimento alguno para participar en el referido concurso y que habría cumplido con todas las exigencias legales y reglamentarias del mismo. Respecto del límite de 60 MHz que alega la demandante, sostiene que fue establecido para los casos y circunstancias concretas que tuvieron que conocer este Tribunal y la Excm. Corte Suprema en los procesos que dieron lugar a la Resolución N° 2/2005 y a la Sentencia de la

Corte Suprema, respectivamente, por lo que, dados los efectos relativos de las resoluciones judiciales emanadas de ellos, en ningún caso sus efectos podrían ser extrapolados a otras situaciones. También rechaza que ese límite de 60 MHz pueda tener como fundamento una obligación derivada de un "especial deber de cuidado" dada su supuesta "superdominancia", la que, en todo caso, niega tener. Por último, Telefónica señala que su participación en el concurso no ha tenido por objeto acaparar espectro, sino que respondió a una necesidad real de utilizarlo para cumplir con sus obligaciones de cobertura y con las condiciones bajo las cuales debe prestar sus servicios;

Tercero:

Que, por su parte, Claro señala que no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que lo hizo su relacionada Claro Servicios Empresariales S.A., la que, en todo caso, no ha vulnerado ningún límite ni obligación legal al hacerlo. Al igual que Telefónica, sostiene que el reproche de la demanda se dirige a las Bases y, en consecuencia, Conadecus debió demandar a la autora de las mismas, la Subtel. Asimismo, señala que su participación en el citado concurso no se hizo con fines especulativos, pues el bloque que le fue asignado es necesario para desarrollar su actividad, al requerir hoy mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de sus clientes, quienes consumen cada vez más servicios de transmisión de datos; servicios que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. También alega la falta de legitimación activa de Conadecus por razones muy similares a las expresadas por Telefónica y, además, la falta de legitimación pasiva en cuanto Claro no participó en el concurso. Por último, señala que no existe una prohibición que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre el límite de 60 MHz, ya que los efectos de las resoluciones en que se impuso tal limitación deben circunscribirse a dichos casos o situaciones. A mayor abundamiento, sostiene que no se dan los requisitos del acaparamiento y que no tiene posición de dominio, con lo cual, consecuentemente, niega cualquier reproche referido a una supuesta falta a su "especial deber de cuidado";

Cuarto:

Que, por último, Entel también alega la falta de legitimidad activa de Conadecus, por razones similares a las ya expresadas. Al igual que Claro, opone también excepción de falta de legitimación pasiva, por cuanto Entel no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que lo hizo su relacionada Will S.A., contra la cual debió a su juicio dirigirse la demanda. Añade que, en todo caso, debió demandarse a la Subtel, puesto que los reproches contenidos en la demanda se refieren, básicamente, a defectos en las Bases. En esta misma línea, señala que existe un litisconsorcio necesario pasivo entre las demandadas y la Subtel, por lo que la demanda debería ser rechazada al no haber sido demandada esta última. En cuanto al fondo, indica que su participación en el concurso se hizo respetando las normas legales y que las bases del mismo gozan de una presunción de legalidad, agregando que la FNE archivó una investigación referida a esta materia. Señala también que no puede haber acaparamiento porque carece de posición de dominio y su participación no tuvo el objeto ni el efecto de excluir a competidores. Al no tener posición de dominio, tampoco pesaría sobre ella el "especial deber de cuidado" que le imputa la demandante. Por último, al igual que el resto de las demandadas, sostiene que el límite impuesto por la Sentencia de la Corte Suprema sólo era aplicable al Concurso 3G y que, en todo caso, las condiciones competitivas del mercado han mejorado desde la dictación de la misma;

Quinto:

Que este Tribunal acogió las excepciones de falta de legitimación activa mediante sentencia de 24 de julio de 2015. Posteriormente, la Excma. Corte Suprema, conociendo de un recurso de reclamación, resolvió, mediante sentencia dictada el 20 de abril de 2016 que, si bien la actora no es un competidor de las demandadas, sí tiene un interés en que este Tribunal analice los riesgos para la competencia que ella vislumbra en la conducta materia de autos. Por tanto, es forzoso concluir que Conadecus tiene legitimación activa para deducir la demanda de autos;

Sexto:

Que, enseguida, en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en las conductas imputadas y si éstas configuran infracciones a la libre competencia, serán resueltas las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las tres demandadas, así como la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por Entel;

Séptimo:

Que todas las demandas fundan la excepción de falta de legitimación pasiva en que la demanda de autos en realidad reprocha las Bases del Concurso 700 MHz y que, en consecuencia, Conadecus debió demandar a la Subtel. Además, Entel y Claro sostienen específicamente que tampoco están legitimadas para ser demandadas porque no fueron proponentes en el Concurso 700 MHz, sino que lo fueron empresas relacionadas a ellas, a quienes les fue además asignado el espectro: Will S.A., en el caso de Entel y Claro Servicios Empresariales S.A. en el caso de Claro;

Octavo:

Que este Tribunal ha fallado que la legitimación pasiva debe entenderse como la “aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de la acción, y por consiguiente, del poder jurisdiccional, y necesariamente tiene que ver con el contenido de la relación jurídica material en que la parte incoada efectiva y realmente participó” (Sentencia N° 131/2013). Por consiguiente, para resolver las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las demandadas se debe analizar si éstas se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas por Conadecus;

Noveno:

Que la demandante señala que las demandadas habrían acaparado anticompetitivamente espectro radioeléctrico al participar en el Concurso 700 MHz, conducta que habría sido “cometida por ellas en forma libre, voluntaria e informada”, para lo cual se habrían aprovechado de algunos aspectos contenidos en las Bases. Como se ha señalado, Conadecus sostiene que las demandadas: (i) al participar en dicho concurso habrían infringido el límite de 60 MHz que habría impuesto de manera general la Sentencia de la Corte Suprema y este Tribunal en su Resolución N° 2/2005, y (ii) que tienen un “especial deber de cuidado” por ser superdominantes y, por tanto, debieron abstenerse de participar en el concurso en comento;

Décimo:

Que, como se aprecia, la demandante acusa a las tres empresas demandadas de actuar anticompetitivamente en la forma señalada. No se les imputa, por el contrario, una conducta relacionada con el diseño de las bases del Concurso 700 MHz, en cuyo caso el sujeto pasivo legitimado no podría haber sido otro que la Subtel. Si bien la demandante menciona que las demandadas se habrían aprovechado de algunas cláusulas de dichas bases y se indican eventuales defectos específicos

que éstas podrían tener, tales defectos no son imputados de manera directa a las demandadas. En consecuencia, las demandadas se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas por Conadecus, lo que permite rechazar las excepciones de falta de legitimación pasiva;

Undécimo:

Que, sin perjuicio de lo expuesto en la consideración precedente, Conadecus solicita en su demanda, entre otras medidas, que "se ponga término a la participación de las demandadas en el proceso de licitación de los 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel, por ser contrarios a las disposiciones del DL 211". Dado que esta petición sólo puede ser cumplida por la Subtel, acogerla implicaría afectar un acto administrativo de un tercero que no ha sido demandado en juicio. Por esta razón, y de manera concordante con lo resuelto previamente por este Tribunal (Sentencia N° 75/2008), no es posible pronunciarse sobre dicha solicitud en estos autos;

Duodécimo:

Que, en lo que respecta a las excepciones de falta de legitimación pasiva específicas opuestas por Entel y Claro (fundadas en que quienes habrían participado en el Concurso 700 MHz habrían sido sus relacionadas), se debe considerar que, tal como este Tribunal lo ha reiterado en su jurisprudencia, desde el punto de vista de la libre competencia lo relevante para evaluar esta excepción es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Así, en el evento que las decisiones sean adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial, la responsabilidad por los hechos ejecutados puede atribuirse a la matriz de dicho grupo (véase Sentencias Nos 139/2014 y 103/2010);

Decimotercero:

Que Entel, en su contestación, reconoció que Will S.A. es una empresa relacionada a ella. Por su parte, la Subtel informó mediante el oficio N° 9285 que rola a fojas 635 y siguientes, que fue Entel quien compró las Bases y presentó consultas a las mismas, pero que su relacionada Will S.A. fue la que, en definitiva, presentó las ofertas. Por otra parte, el representante de esta demandada en la absolución de posiciones cuya transcripción rola a fojas 1.129 y siguientes, reconoció que Will S.A. es una filial de dicha empresa (pregunta N° 8) y señaló que en el Concurso 700 MHz no hubo otros postulantes, fuera de las tres demandadas (pregunta N° 24), en circunstancias que Entel es la demandada y no Will S.A. En el mismo sentido, indicó que "lo que sí puedo decir como Entel, como Entel Will mejor dicho, y como perteneciente al grupo Entel, que nunca tuvimos ninguna duda respecto de la participación del concurso [...] (pregunta N° 31). Finalmente, el testigo Sr. Cristián Sepúlveda Tormo, gerente de relaciones institucionales y estratégicas de esta demandada, según consta a fojas 796, refiriéndose a Entel (no a su relacionada), señaló que "también participó en el espectro de los 700 megahertz, porque considera, no cierto, que es muy relevante para poder dar un servicio de banda ancha móvil de mayor calidad";

Decimocuarto:

Que de lo expuesto en la consideración precedente se infiere que altos ejecutivos de Entel estaban en conocimiento de las razones y las motivaciones de Will S.A. para participar en el Concurso 700 MHz, dando a entender con claridad la importancia que

tenía para Entel adjudicarse una parte de dicho espectro. Por consiguiente, existen antecedentes en el proceso que permiten concluir que la participación de Will S.A. en este concurso no fue una decisión adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Entel, del que forma parte, por lo que la excepción específica de falta de legitimación pasiva respecto de esta parte será rechazada;

Decimoquinto:

Que, en relación con la excepción interpuesta por Claro, en el mismo oficio señalado en la consideración decimotercera la Subtel señaló que tanto Claro Chile S.A. como Claro Servicios Empresariales S.A. compraron las Bases, sin perjuicio de que después quien presentó consultas y ofertas sólo fue esta última. Por su parte, en la absolución de posiciones del representante de Claro, cuya transcripción rola a fojas 1.008 y siguientes, éste sostuvo que “[l]a banda de setecientos, conformidad me ha informado mi fiscalía, no tenía ningún límite para poder participar, no había ninguna restricción para poder participar en esa banda y así fue como Claro lo hizo” (pregunta N° 23). Agregó que cumplió con su propuesta hecha en el Concurso referente a la presentación de una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV (pregunta N° 47). Por su parte, el testigo Sr. Patricio Varas Palma –gerente de planificación, inteligencia de mercado y política de precios de Claro– señaló que “Subtel llamó a concurso para asignación de la Banda 700, nosotros compramos las bases, estudiamos y generamos los sobres con la postulación” y que “Claro, entendido como la Compañía... Que yo sepa nunca dudó en la postulación. Sí se consultó con México si es que era... O sea, hasta donde podíamos llegar en términos del monto de subasta”, según consta a fojas 730 y 737, respectivamente;

Decimosexto:

Que, al igual que en el caso de Entel, se desprende de las declaraciones citadas en la consideración precedente que altos ejecutivos de Claro estaban en conocimiento de las razones y las motivaciones de Claro Servicios Empresariales S.A. para participar en el Concurso 700 MHz. Por consiguiente, existen antecedentes en el proceso que permiten concluir que la participación de Claro Servicios Empresariales S.A. en el Concurso 700 MHz no fue una decisión adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Claro del que forma parte, por lo que esta excepción específica de falta de legitimación pasiva también será rechazada;

Decimoséptimo:

Que, en lo que respecta ahora a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por Entel, fundada en que Conadecus debió haber demandado también a la Subtel, pues, de lo contrario, se generarían graves perjuicios a dicha Subsecretaría al contener la acción pretensiones que sólo dicho organismo podría cumplir en cuanto solicita que se deje sin efecto todo lo obrado en el Concurso 700 MHz; se debe tener presente, en primer lugar, qué se entiende por litisconsorcio necesario;

Decimoctavo:

Que, al igual que la legitimación procesal, la institución del litisconsorcio necesario no está regulada expresamente en la legislación, sino que su definición o presupuestos han sido desarrollados doctrinaria y jurisprudencialmente. Entre los autores nacionales, Alejandro Romero Seguel explica que el litisconsorcio, en general, “denota la presencia de varias personas actuando en un proceso en una misma posición de parte, las que por obligaciones, derechos o intereses comunes están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronuncia-

miento de una decisión lógica y jurídicamente única" ("El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia", Revista Chilena de Derecho, vol. 25 N° 2, 1998, p. 388). El litisconsorcio puede ser activo, si se refiere a la parte demandante, o pasivo, si lo es respecto de la parte demandada. A su vez, el denominado litisconsorcio necesario sería aquel en que es "obligatoria la presencia de varios sujetos para poder pronunciarse el tribunal respecto del conflicto" (Raúl Núñez y Álvaro Pérez-Ragone, Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 353). Dentro del litisconsorcio pasivo necesario es posible distinguir entre el litisconsorcio necesario propio e impropio. Mientras el primero es aquel que opera por mandato expreso de la ley, el segundo hace referencia a aquel que viene condicionado por la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio, donde la norma de fondo "exige para la producción de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, allí deben ser parte" (Ibíd., p. 357);

Decimonoveno:

Que, por su parte, la jurisprudencia ha señalado que los fundamentos de la figura del litisconsorcio pasivo necesario son, entre otros, la bilateralidad de la audiencia y la legitimación procesal. Así, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que "los efectos relativos de las sentencias judiciales impiden declarar eventualmente la nulidad de un acto, si la acción no se ha dirigido en contra de todos los que intervinieron en él" (Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ t., LXXXVI, secc. 2°, p. 55.);

Vigésimo:

Que, tal como se indicó en la consideración undécima anterior, Conadecus en su demanda solicita, entre otras medidas, que "se ponga término a la participación de las demandadas en el proceso de licitación de los 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel, o ser contrarios a las disposiciones del DL 211", petición que, como también se ha señalado, sólo puede ser cumplida por la Subtel, quien no ha sido demandada en este juicio;

Vigésimo primero:

Que, sin embargo, esta es sólo una de las peticiones concretas de la demanda. Las otras se relacionan con los hechos por los cuales Conadecus ha acusado directamente a las empresas demandadas, esto es, el supuesto acaparamiento de espectro radioeléctrico con fines exclusorios, infringiendo el límite de espectro que, a su juicio, existiría y el "especial deber de cuidado", por ser superdominantes. Por consiguiente, dado que en esta causa se imputan conductas que podrían ser realizadas sólo por las demandadas, para que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo de la misma no es necesario que comparezca también la Subtel en calidad de demandada. Esto permite rechazar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario;

Vigésimo segundo:

Que, con todo, el rechazo de la excepción indicada es sin perjuicio de que, como se señaló en la consideración undécima, este Tribunal no puede pronunciarse respecto de la petición concreta de Conadecus de poner término a la participación de las demandadas en el Concurso 700 MHz y a todos los actos relacionados con dicho proceso, por cuanto significaría afectar actos administrativos de un tercero que no ha sido demandado en autos;

Vigésimo tercero:

Que, habiéndose resuelto las excepciones de falta de legitimación pasiva y de litis-consorcio pasivo necesario, corresponde ahora analizar la conducta imputada y la prueba que obra en el proceso a su respecto;

Vigésimo cuarto:

Que, para que las conductas reprochadas por la actora puedan ser sancionadas en esta sede, es necesario que las mismas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos, de conformidad al artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211. Al tratarse de una imputación de conductas unilaterales, se debe tener en consideración especialmente lo señalado en la letra b) de dicho artículo, es decir, que las demandadas individualmente hayan tenido una posición de dominio en el mercado relevante o hayan ejecutado las conductas acusadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar dicha posición. Por lo anterior, corresponde determinar, en primer término, cuál o cuáles son los mercados relevantes atinentes al conflicto de autos, la participación de los diversos actores en ellos (incluidas las demandadas de autos) y las condiciones de entrada a dichos mercados;

Vigésimo quinto:

Que, en lo que respecta al mercado relevante, si bien las partes concuerdan, en general, en que el conflicto de autos se desarrolla en el mercado de telefonía e internet móviles, no coinciden en la definición precisa del mismo. Por ejemplo, mientras Conadecus lo define como el de “servicios de telefonía móvil”, que además tendría un mercado conexo, el de los “terminales telefónicos móviles”, (fojas 31), Telefónica y Entel lo definen como el “mercado móvil” (fojas 135 y 354, respectivamente) y Claro señala que serían mercados relevantes los de “transmisión de voz móvil” y “transmisión de datos o banda ancha móvil” (fojas 301);

Vigésimo sexto:

Que la conducta imputada es el acaparamiento de espectro radioeléctrico, el que, a juicio de Conadecus, sería un ilícito anticompetitivo porque erigiría o incrementaría las barreras al ingreso de nuevos competidores al mercado. Por ende, es el mercado en el que existirían dichas barreras (esto es, aquel en que se producirían los efectos anticompetitivos) el que debe ser analizado para efectos de determinar de manera específica el mercado relevante en este proceso;

Vigésimo séptimo:

Que, por lo anterior, el mercado relevante no puede ser el de la licitación misma ni el de las comunicaciones en la banda de los 700 MHz, como tampoco el del espectro radioeléctrico, pues en ninguno de estos se producirían los efectos anticompetitivos denunciados. Por el contrario, de las imputaciones de la demanda se desprende que el mercado al que, de acuerdo a la demandante, las demandadas estarían restringiendo el acceso por medio del acaparamiento de espectro es el de los servicios analógicos y digitales de telefonía y datos móviles en Chile, lo que concuerda con lo fallado previamente por este Tribunal (Resoluciones Nos 2/2005 y 27/2008 y Sentencia N° 104/2011);

Vigésimo octavo:

Que, como se ha señalado en jurisprudencia reciente (Sentencia N° 153/2016), la industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante el último tiempo, especialmente con la introducción de los Operadores Móvi-

les Virtuales ("OMV"). Lo anterior ha creado un mercado de acceso a las facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a redes –de propiedad de los Operadores Móviles con Red ("OMR")– para prestar servicios de telecomunicaciones móviles a los consumidores finales. Por lo tanto, la industria de servicios móviles ya no estaría conformada por un solo mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil –como se señaló en la Sentencia N° 104/2010 y anteriores–, sino por un mercado mayorista o aguas arriba, en el que se transa el acceso a las redes móviles; y un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles. Además, en aquellas instancias en que la Subtel licita parte del espectro radioeléctrico, este organismo hace las veces de oferente de dicho insumo y, tanto los OMR establecidos como potenciales nuevos entrantes, tienen el rol de demandantes;

Vigésimo noveno:

Que en el mercado mayorista participan como oferentes aquellas empresas que cuentan con la infraestructura, inversiones en activos fijos y concesiones de bandas específicas del espectro radioeléctrico para establecer una red de telecomunicaciones móviles. Estas empresas pueden vender al por mayor los servicios que prestan o bien ofrecer sus instalaciones para que puedan ser utilizadas por terceros que no cuentan con dicha infraestructura o que, pese a contar con la misma, deseen expandir sus redes a zonas geográficas no cubiertas por sus propias redes o aprovechar la complementariedad de otras bandas del espectro. En este sentido, los oferentes en el mercado mayorista son los OMR, mientras que los demandantes son los OMV y otros OMR que requieren el servicio de roaming;

Trigésimo:

Que aguas abajo, en el mercado minorista, se comercializan servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales y a otros minoristas, quienes posteriormente pueden revender dichos servicios a clientes finales. Son oferentes en este mercado todas aquellas empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes señalados, pudiendo diferenciarse entre: (i) los OMR o empresas concesionarias de bandas específicas del espectro radioeléctrico que cuentan con infraestructura e inversiones para establecer una red de telecomunicaciones móviles; y (ii) los OMV que, si bien no cuentan con toda la infraestructura y bandas del espectro que tienen los OMR, las contratan con éstos para realizar sus ofertas;

Trigésimo primero:

Que las demandadas de autos participan en todos los mercados descritos. En los mercados mayorista y minorista lo hacen como oferentes de los servicios antes indicados y, en aquellas instancias en que se realizan licitaciones de espectro participan como demandantes de dicho insumo. Así, los actos de acaparamiento demandados podrían afectar la entrada o crecimiento de competidores en los mercados mayorista (directamente, cerrando el mercado a nuevos competidores) y minorista (indirectamente, al inhibir eventualmente la entrada de nuevas empresas como OMR o como OMV) de servicios de telecomunicaciones móviles. En consecuencia, por producirse en estos dos mercados los efectos de los ilícitos denunciados, ambos serán considerados como relevantes para efectos de la presente causa y analizados en las consideraciones siguientes;

Trigésimo segundo:

Que corresponde, primero, analizar la participación que las demandadas tendrían en ambos mercados relevantes, pues ella es indicativa de la importancia que tiene

cada empresa que compite en estos últimos. Tal como se señaló en la Sentencias Nos 151/2016 y 153/2016, en el derecho comparado el tratamiento de altas cuotas de participación de mercado difiere. Mientras en el derecho norteamericano las cuotas inferiores al 70% no dan comúnmente lugar a la denominada “monopolización”, en el derecho europeo las cuotas entre 50% y 70% dan lugar, en general, a una presunción simplemente legal de dominancia, debiendo considerarse para determinarla, además, otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado;

Trigésimo tercero:

Que, a la fecha de la demanda eran cinco las empresas a las que se había hecho entrega de concesiones de espectro radioeléctrico para el desarrollo de redes de telecomunicaciones móviles en Chile. Como describe Conadecus en su demanda, a Telefónica, Entel, Claro, Nextel y VTR les fueron asignadas las bandas de espectro que se detallan en el cuadro N° 1 siguiente, cuestión que no ha sido controvertida en autos;

Cuadro N°1:
Asignación de bandas del espectro radioeléctrico por empresa

Banda (MHz)	Ponderador ($\alpha=0,4$)*	Entel	Telefónica	Claro	VTR	Nextel	Total
700	1,00	30	20	20			70
800	0,95		25	25			50
1900	0,67	60	30	30			120
2100	0,64				30	60	90
2600	0,59	40	40	40			120
Total espectro (lineal antes de 700 MHz)		100	95	95	30	60	380
Total espectro (lineal incluyendo 700 MHz)		130	115	115	30	60	450
Total espectro (ponderado antes de 700 MHz)		64	67	67	19	39	257
Total espectro (ponderado incluyendo 700 MHz)		94	87	87	19	39	327
% del total (lineal antes de 700 MHz)		26%	25%	25%	8%	16%	100%
% del total (lineal incluyendo 700 MHz)		29%	26%	26%	7%	13%	100%
% del total (ponderado antes de 700 MHz)		25%	26%	26%	8%	15%	100%
% del total (ponderado incluyendo 700 MHz)		29%	27%	27%	6%	12%	100%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información acompañada por Conadecus en su demanda, a fojas 32 y 33.

*Nota: La ponderación del espectro asignado según su valoración se basa en las estimaciones efectuadas en el informe acompañado a fojas 503, Tabla 6, considerando un ponderador de 0,4.

Trigésimo cuarto:

Que del cuadro N° 1 se observa que si bien cada una de las demandadas tienen una proporción importante del espectro licitado, ninguna supera el 30%, ya sea utilizando la suma lineal de las diversas bandas del espectro o bien la suma ponderada por su valor para las empresas (siguiendo el análisis efectuado en el informe acompañado a fojas 503, con un ponderador de 0,4, que representa la opción más conservadora). Además, existen otras empresas que actúan como OMR en el mercado, de modo que las mencionadas no son las únicas que pueden realizar ofertas de facilidades en el mercado mayorista;

Trigésimo quinto:

Que, si ya en términos generales las participaciones de mercado no reflejan por sí solas el poder de mercado de las firmas que participan en un mercado, con menor razón lo harían sólo en el mercado mayorista identificado previamente en la consideración vigésima novena, pues es un mercado poco profundo en el que existen pocos contratos (cinco a la fecha de la demanda), cada uno de los cuales importa la incorporación de una cantidad relevante de clientes. En este contexto, si bien no existe información detallada respecto de las participaciones de mercado de las demandadas en el mercado mayorista, se puede estimar, a partir de la información pública entregada por la Subtel en su sitio web, que cerca de un 78% de los abonados a OMV se encuentran asociados indirectamente a Telefónica, mientras que el 22% restante había contratado, a la fecha de la demanda, con un OMV que utilizaba las instalaciones de Entel;

Trigésimo sexto:

Que, por otra parte, las tres demandadas tienen participaciones de mercado elevadas en el mercado minorista. Sin embargo, este porcentaje tampoco es suficiente por sí mismo para definir las como dominantes, ya que ninguna de ellas supera el 40% de participación en este mercado, según se observa en el cuadro N° 2;

Cuadro N°2:

Participaciones en el mercado minorista en términos de abonados (marzo de 2014)

	Abonados	Participación
Telefónica	9.099.706	38,32%
Entel PCS	8.671.670	36,52%
Claro	5.349.508	22,53%
Nextel	294.403	1,24%
Virgin	174.225	0,73%
VTR	75.804	0,32%
Falabella Móvil	71.459	0,30%
Telsur	6.431	0,03%
Netline	1.949	0,01%
Interexport	1.356	0,01%
Nomade	119	0,00%
Total	23.746.630	100%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información estadística publicada en www.subtel.cl.

Trigésimo séptimo:

Que, enseguida, en lo que dice relación con las condiciones de entrada a los mercados relevantes, es esencial tener acceso al espectro radioeléctrico para poder participar en ambos mercados, mayorista y minorista (véanse sentencias Nos 153/2016 y 104/2010). Sin embargo, para obtener dicho acceso en el mercado minorista no es necesario adjudicarse una o más bandas del mismo, pues, como se ha señalado, los OMV pueden contratar con un OMR tal acceso –además de toda la infraestructura que sea parte inalienable de la red de dicho operador y, por tanto, necesaria para operarlo–. Al respecto, el testigo Sr. Javier Barria Vera, abogado que trabajó en la Subtel y, al momento de su declaración, en Telefónica, señaló que “antiguamente para operar en el mercado de las comunicaciones móviles tenía que tener espectro radioeléctrico asignado. Hoy día eso ha cambiado” (fojas 1.110). Del mismo modo, el testigo Sr. Raúl Lazcano Moyano, ingeniero civil que trabajaba en la división de concesiones de la Subtel al momento de prestar su declaración, declaró que adjudicarse una concesión de espectro “no es necesario en estricto rigor, porque como ya dije, existe la posibilidad de otorgar concesiones [de telefonía móvil] a operadores sin red” (fojas 952);

Trigésimo octavo:

Que, además, en los últimos años se han producido diversos avances regulatorios que han minimizado las barreras que existían para el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mercado minorista. Así, por ejemplo, la portabilidad numérica, consagrada en la Ley N° 20.471, ha disminuido los costos de cambio para los usuarios, permitiendo la movilidad de clientes entre empresas, lo que resulta esencial para la competencia en un mercado maduro, que muestra altos índices de penetración y con bajo crecimiento en términos de nuevos usuarios. Del mismo modo, con la dictación de las Instrucciones de Carácter General N° 2 se prohibió diferenciar tarifas según la red de destino y, con ello, disminuyó la ventaja con que contaban los incumbentes con red sobre entrantes potenciales o incipientes competidores, determinada por las grandes redes de usuarios. En dichas instrucciones también se reguló la práctica de empaquetamiento de servicios de telecomunicaciones, con el fin de prevenir prácticas anticompetitivas basadas en la posición que se mantiene en otros mercados. También se ha masificado el uso de las tecnologías de tercera y cuarta generación de comunicaciones móviles, lo que ha inducido el mayor uso de estas redes y ha permitido el ingreso de nuevos usuarios y la aparición de nuevas formas de utilizar la infraestructura. Todo lo anterior ha significado una mayor apertura del mercado minorista a nuevos competidores, disminuyendo la importancia de adjudicarse una banda del espectro radioeléctrico para poder participar del mercado aguas abajo;

Trigésimo noveno:

Que, en este sentido, declaró, por ejemplo, el testigo Sr. Jorge Atton Palma, ex Subsecretario de Telecomunicaciones, señalando que “las telecomunicaciones han cambiado radicalmente en los últimos 4 o 5 años” y que “las barreras de entrada para entrar a las telecomunicaciones está [sic] cambiando fundamentalmente”, agregando que la política pública en su gestión como Subsecretario de Telecomunicaciones fue “bajar las barreras de entrada del punto de vista de competencia para que entraran nuevos operadores, en una lógica de competencia por redes” (fojas 1.057);

Cuadragésimo:

Que, entonces, las actuales condiciones de entrada al mercado minorista han permitido, aunque aún de manera muy incipiente, el ingreso de nuevos competidores con diversas estrategias y modelos de negocios que anteriormente no eran factibles. En efecto, donde antes era necesario realizar ingentes inversiones y contar con espectro para poder desplegar una red completa de telecomunicaciones, ahora existe la posibilidad de contratar el uso de dicha infraestructura con algún OMR, lo que ha disminuido las barreras a la entrada a este mercado y ha permitido el ingreso de OMV, como se desprende del Cuadro N° 2 anterior;

Cuadragésimo primero:

Que Conadecus ha señalado en su demanda que aún existiría una importante barrera para entrar al mercado minorista, consistente en que las demandadas no han presentado ofertas de facilidades y reventa de planes para los OMV en los términos ordenados por la Excm. Corte Suprema en su sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la causa rol 7781-2010. Esta situación, sin embargo, constituye una imputación de una conducta anticompetitiva que no ha sido demandada en estos autos y tampoco probada, por lo que no es posible determinar si las demandadas han erigido o no una barrera artificial de este tipo por medio de la negativa de contratación;

Cuadragésimo segundo:

Que, de este modo, en base a la prueba aportada en el presente caso, no es posible afirmar que el ingreso al mercado minorista presenta barreras estructurales relevantes para el ingreso de competidores, especialmente considerando que, en la actualidad, es posible hacerlo a través de la contratación de facilidades, tal como se describió en las consideraciones vigésima octava y trigésima séptima. Sin embargo, el bajo crecimiento de los OMV observado en el Cuadro N°2 puede ser un indicio de que aún existen limitaciones a la entrada en el mercado minorista, lo que podría deberse, entre otras razones, a que la entrada de nuevos actores o la expansión de los existentes toma tiempo, o bien a que éstas no se producirían a la misma escala de un OMR, dado que los OMV apuntarían a ciertos nichos de mercado;

Cuadragésimo tercero:

Que, por otra parte, el mercado mayorista se caracteriza por presentar mayores dificultades para el ingreso de nuevos competidores que el minorista, pues para participar en éste no sólo es necesario adjudicarse una concesión de espectro, sino que también deben realizarse las inversiones en infraestructura estipuladas en las respectivas bases de licitación que, a su vez, son necesarias para desplegar una red que utilice el espectro asignado;

Cuadragésimo cuarto:

Que, además, se debe tener presente que, en el mercado mayorista en que se transa el acceso a las redes móviles, actualmente es importante contar con bandas como la que se concesionó en el Concurso 700 MHz, pues la transmisión de datos móviles es el principal servicio utilizado por los consumidores finales. En efecto, el concurso y la licitación posterior concesionó diversas bandas en los 700 MHz que son insumos particularmente valiosos para las OMR, por cuanto, en conjunto con la banda de 2600 MHz, "[...] han sido identificadas como las más adecuadas para implementar LTE [Long Term Evolution], que es una tecnología diseñada específicamente para transmisión de datos móviles" (informe técnico económico acompañado a fojas

503 y siguientes, página 9). En todo caso, como todas las bandas, la asignación de éstas se realiza mediante concursos o licitaciones públicas convocadas por la Subtel, abiertas a cualquier proponente que cumpla con ciertos requisitos mínimos, reemplazando, de este modo, la competencia “en la cancha” por competencia “por la cancha”;

Cuadragésimo quinto:

Que, en suma, si bien existen algunas dificultades de entrada tanto económicas como regulatorias que las demandadas y otras dos empresas han debido sortear para participar en el mercado mayorista, la realización del Concurso 700 MHz y de eventuales nuevos concursos en otras bandas del espectro pueden permitir el acceso a dicho mercado a potenciales actores interesados que tengan la capacidad de efectuar las inversiones necesarias para desplegar una red de telecomunicaciones. Por otra parte, en el mercado minorista se han disminuido las barreras para el ingreso de nuevos competidores, existiendo la posibilidad de contratar la infraestructura necesaria a los OMR y establecerse como OMV (sin perjuicio de que, hasta ahora, la entrada de OMV no ha generado una presión competitiva relevante sobre las empresas demandadas);

Cuadragésimo sexto:

Que, por lo expuesto precedentemente y sobre la base de la prueba aportada en el presente proceso, no es posible afirmar que las demandadas, individualmente consideradas, detentan una posición de dominio en el mercado aguas arriba, la que pueda traducirse en una posición dominante en el mercado aguas abajo. Sin embargo, atendido que el mercado mayorista tiene características oligopólicas y que, tal como ha señalado este Tribunal en sentencias previas, las consecuencias para la libre competencia derivadas del uso eficiente del espectro deben ser consideradas en esta sede (véase, por ejemplo, Resoluciones Nos 2/2005 y 27/2008), en lo sucesivo se analizarán específicamente las conductas demandadas para determinar sus efectos y si ellos han sido probados por la demandante;

Cuadragésimo séptimo:

Que, a mayor abundamiento, el análisis de dominancia en este contexto de mercado oligopólico debiera considerar, idealmente, algunas cuestiones referidas a las características generales del bien que cada compañía comercializa –más allá de sus costos– y las inversiones en que éstas incurren para diversificar sus productos con el fin de restarles “homogeneidad” y lograr que sean valorados de manera diferenciada por los consumidores finales. Son estas características las que eventualmente podrían permitir que cada firma adquiriera un poder de mercado sustancial, independiente de si cada una de ellas no ha alcanzado una posición dominante al analizarse este mercado como uno de servicios homogéneos. Atendido, sin embargo, que no existe información fidedigna suficiente (y mucho menos evidencia) acerca de tales características en el presente proceso, resulta aconsejable continuar con el análisis conductual;

Cuadragésimo octavo:

Que, tal como se ha señalado, la actora imputa a las demandadas haber acaparado anticompetitivamente espectro radioeléctrico al participar en el Concurso 700 MHz, aprovechándose de algunas estipulaciones de las Bases (precisa, en todo caso, que ya en el Concurso 2.600 MHz aquellas no habrían respetado un supuesto límite de tenencia de 60 MHz, por lo que la conducta de acaparamiento se habría iniciado

con su participación en dicho concurso). Además, como se anticipó, la demandante acusa que las demandadas infringieron su "especial deber de cuidado" como empresas "superdominantes" al participar en el concurso;

Cuadragésimo noveno:

Que, en relación con el "especial deber de cuidado" que tendrían las demandadas por su carácter de "superdominantes" en el mercado de telefonía móvil, el que les habría obligado a abstenerse de participar en el Concurso 700 MHz, basta reiterar que, según se desprende de las participaciones de mercado de las empresas de telefonía móvil, de las condiciones de entrada al mercado relevante analizadas y de la existencia de diversos competidores de menor tamaño que no sólo se han mantenido en el mercado, sino que han presentado una evolución positiva en términos de participaciones, no puede concluirse que las demandadas tengan, individualmente, siquiera una posición de dominio, por lo que con menor razón pueden ser consideradas como "superdominantes". Por tanto, mal puede recaer en ellas un "especial deber de cuidado" a que se refiere la demanda, con independencia del contenido específico que se intente atribuir a esta última expresión;

Quincuagésimo:

Que, enseguida, en lo que respecta a las estipulaciones contenidas en las Bases de las cuales se habrían aprovechado las demandadas para cometer la conducta imputada, éstas se relacionan con tres grupos de conductas. En primer lugar, con ciertas exigencias a los proponentes que únicamente las demandadas podrían cumplir: cobertura obligatoria en 1.200 localidades; el transporte de datos para terceros desde capitales de regiones; y la atención gratuita de escuelas. En segundo lugar, las Bases habrían exigido u otorgado puntaje por presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV en las nuevas redes de 700 MHz, en circunstancias que es obligación de las demandadas presentar esas ofertas de facilidades y reventa de planes para todas sus redes. Finalmente, las Bases no habrían considerado el límite de 60 MHz de tenencia de espectro;

Quincuagésimo primero:

Que, tal como se señaló en la consideración décima, la demandante no ha cuestionado directamente el diseño de las Bases a las demandadas, ni tampoco ha demandado a la autora de las mismas, la Subtel, por lo que no se analizará si las disposiciones de las bases descritas en la consideración anterior infringen la libre competencia. Sin embargo, como se indicó en la misma consideración, la conducta de acaparamiento imputada, de existir, podría ser ejecutada por las demandadas con independencia del contenido de las bases de un determinado concurso público;

Quincuagésimo segundo:

Que un primer presupuesto de esta alegación dice relación con la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico que, de acuerdo a lo sostenido por la actora, no estaría consagrado de manera expresa en la legislación sectorial, pero habría sido decretado en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema;

Quincuagésimo tercero:

Que, en relación con la Resolución N° 2/2005, Conadecus sostiene que este Tribunal habría creado el referido límite al disponer que el adquirente del bloque de

frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz del que Telefónica debía desprenderse en la banda de 800 MHz, no podía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz. Dicha resolución señala en su parte resolutive que si el adjudicatario de los 25 MHz es una "empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz deberá transferir a un tercero no relacionado el ancho de banda que supere tal cantidad";

Quincuagésimo cuarto:

Que, siempre de acuerdo a la demandante, este límite habría sido reiterado en la Sentencia de la Corte Suprema, al establecerlo como condición de las bases del concurso de la banda de frecuencia de 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz, también denominada 3G. En esa sentencia se señaló que "[...] ha de concluirse que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles [...]". En su parte resolutive dispuso que "[...] En las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante -considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045- podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas 800 y 1.900 MHz". Luego, según Conadecus, producto de esta resolución "se obligaría a revisar el límite cada vez que la Subtel logre aumentar la disponibilidad de espectro para telefonía móvil";

Quincuagésimo quinto:

Que, a mayor abundamiento, Conadecus cita un caso en que el límite impuesto en una resolución anterior se mantuvo en otro concurso posterior. En efecto, se refiere a la Resolución N° 584/2000 de la H. Comisión Resolutiva, que estableció un límite de 100 MHz para el concurso de la banda de 3.400 MHz, el que fue asignado el año 2000. En este caso, algunas frecuencias en esa banda quedaron disponibles después de haber sido asignadas y el año 2005 la Subtel abrió un concurso para adjudicarlas. En las bases de este concurso, la Subtel mantuvo el límite de 100 MHz. Entel Telefonía Local S.A., quien superaba ese límite, demandó a la Subtel porque consideró que ese límite constituía un acto que restringe o entorpece la libre competencia, fundamentando que las condiciones de mercado habían cambiado. Este Tribunal resolvió en la Sentencia N° 13/2005 que "[...] no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independiente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar". De esto, Conadecus concluye que aunque cambien las condiciones de mercado que en un momento determinado justificaron imponer límites a la tenencia de espectro, sólo el Tribunal o la Corte Suprema podrían modificarlos;

Quincuagésimo sexto:

Que, por su parte, todas las demandadas argumentaron que el referido límite no era aplicable al Concurso 700 MHz y, por consiguiente, ellas no tenían ninguna obliga-

ción en este sentido (ni tampoco la Subtel). Así, Telefónica señaló que la Resolución N° 584/2000 y la Sentencia N° 13/2005 se habrían referido al servicio público telefónico local fijo-inalámbrico, que es distinto al de los Concursos 2.600 MHz y 700 MHz, de modo que el límite de 100 MHz impuesto a las empresas dominantes en el mercado de la telefonía local no sería aplicable al Concurso 700 MHz. Añade que la Resolución N° 2/2005 se refirió únicamente al servicio público telefónico móvil de voz y no al de datos, a diferencia de los Concursos 2.600 MHz y 700 MHz. Asimismo, planteó que las condiciones de mercado también eran distintas al tiempo de la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema porque, por ejemplo, no existían entonces los OMV. Por último, explicó que la Sentencia de la Corte Suprema sólo se refirió al servicio público telefónico móvil digital avanzado y no al de transmisión de datos. Por tanto, dicha resolución sólo habría regido para el Concurso 3G al que se refería;

Quincuagésimo séptimo:

Que, por su parte, Claro sostuvo que no existe una prohibición que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz. Los precedentes que invoca Conadecus provienen de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos concretos y específicos y, por ende, la cosa juzgada que emanaría de aquellos sería eficaz únicamente en los procesos concretos en que se produjeron o en relación al estado de cosas existente al momento de adoptar la decisión. Además, Claro señaló que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, ya que (i) a esa fecha las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil; (ii) aún no se habían desarrollado los OMV; (iii) no se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica; y (iv) el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente;

Quincuagésimo octavo:

Que, por último, Entel también sostuvo que la Sentencia de la Corte Suprema tendría efectos relativos al procedimiento en el cual se dictó y no generales, ya que de la lectura de tal fallo quedaría claro que las condiciones impuestas dirían relación sólo con el Concurso 3G, el cual ya concluyó, y habrían sido cumplidas. Añadió que las circunstancias del mercado actual serían más competitivas que cuando se dictó la Sentencia de la Corte Suprema, porque existirían cinco empresas que operan redes y OMV;

Quincuagésimo noveno:

Que, a efectos de resolver este aspecto de la controversia, es importante comenzar recordando que la regla general en nuestro derecho es el efecto relativo de las sentencias judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil, que señala: "[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". En otras palabras, el contenido de una sentencia y las obligaciones que de ella emanan no pueden extenderse a partes que no participaron en dicho proceso ni a asuntos que no fueron tratados en el mismo;

Sexagésimo:

Que, sin embargo, existen casos en los que una sentencia puede producir efectos respecto de cierto tipo de terceros que no fueron parte del proceso por tener res-

pecto del objeto allí decidido una determinada posición que los vincula con la declaración contenida en una sentencia firme y ejecutoriada. Por ejemplo, en materia de indemnizaciones de perjuicios por atentados a la libre competencia, los afectados por dichos actos pueden ejercer las acciones correspondientes hayan o no sido parte del proceso contencioso seguido en esta sede; y el juez civil debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos establecidos en la sentencia de este Tribunal. También, excepcionalmente, una sentencia puede tener efectos indirectos colaterales, secundarios o reflejos que buscan impedir que en un juicio posterior se decida una nueva acción en contradicción con la declaración del derecho que consta en un fallo que se encuentre firme y ejecutoriado, atendido que la decisión anterior actúa como un antecedente lógico a la nueva acción deducida en juicio. Por ejemplo, cuando se resuelve un contrato de compraventa, posteriormente y en virtud de tal sentencia, el dueño de la cosa podría demandar su reivindicación en contra del tercero poseedor;

Sexagésimo primero:

Que, por consiguiente, para determinar si el límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico establecido en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema puede extenderse a situaciones distintas de las ventiladas en cada uno de dichos procesos, el análisis se centrará en determinar si las demandadas se encuentran en una posición que las obliga a respetar dicho límite y si éste constituye un antecedente lógico que debió ser considerado en el Concurso 700 MHz;

Sexagésimo segundo:

Que la Resolución N° 2/2005 se dictó en el marco de una consulta presentada por Telefónica referida a si el acuerdo al que había llegado con BellSouth Corporation, denominado Stock Purchase Agreement, de 5 de marzo de 2004, infringía o no el D.L. N° 211. Dicha consulta no se vinculaba, por tanto, con algún concurso para asignar espectro radioeléctrico. Como resultado de ese procedimiento el Tribunal fijó como condición para la aprobación de la operación consultada que Telefónica transfiriera aquellas concesiones que, consideradas en su conjunto, le otorgaran, a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz. Asimismo, en la condición segunda de su parte resolutive, dispuso que si el adjudicatario de dichos 25 MHz llegaba a ser “titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado el ancho de banda que supere tal cantidad”;

Sexagésimo tercero:

Que, como es posible apreciar, el tenor de esta resolución y de su interpretación armónica no permiten deducir que el límite indicado haya sido establecido como uno general ni menos como uno relativo a la tenencia de espectro;

Sexagésimo cuarto:

Que, tampoco la lectura e interpretación de la Sentencia de la Corte Suprema permiten inferir que el límite a la tenencia de espectro radioeléctrico establecido en ella es aplicable a otros concursos. Por una parte, el tenor literal de esta sentencia no deja dudas que tal regla estuvo dirigida específicamente a las bandas 1700-2100 MHz objeto de la consulta que dio origen a esa causa, y a las que estaban destinadas al servicio público telefónico móvil al momento de dictarse la sentencia

(esto es, 800 MHz y 1900 MHz). En efecto, la Sentencia de la Corte Suprema dispone, en la letra B) de su parte resolutive, que "[e]n las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes [Concurso 3G]" el referido límite es aplicable "consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas de 800 y 1.900 MHz". Por otra parte, tampoco es posible llegar a conclusiones distintas si se analizan armónicamente los antecedentes de dicha sentencia. En efecto, el origen de la medida en comento fue el informe presentado por la FNE en el marco de la consulta del Concurso 3G, en el que se propuso fijar ese límite considerando las bandas actualmente destinadas a telefonía móvil sólo para dicho concurso y no para otros. En suma, esta sentencia no pretendió establecer un límite general aplicable a todas las frecuencias y bandas del espectro radioeléctrico;

Sexagésimo quinto:

Que, además del análisis de las sentencias citadas, la evolución de las condiciones de mercado vigentes al momento en que ellas se dictaron también permite concluir que tales límites fueron establecidos en el contexto de ambas causas, es decir, sin efectos generales. Primero, en la actualidad el fenómeno de convergencia tecnológica ha permitido que los servicios de telecomunicaciones puedan ser proveídos a través de plataformas diversas, y que bandas de frecuencias muy distintas (como por ejemplo la de 800 MHz y la de 2.600 MHz) soporten servicios que son sustitutos desde el punto de vista de los usuarios. En este sentido, el testigo Sr. Atton Palma declaró en estos autos que "los espectros que están asignados para telefonía móvil, todos sirven para todo" (fojas 1.057);

Sexagésimo sexto:

Que, enseguida, tal como se analizó en las consideraciones trigésima séptima a cuadragésima, esta industria ha experimentado diversos cambios que han abierto el mercado minorista y permitido el ingreso progresivo (aunque incipiente) de nuevos competidores. Estos nuevos competidores y los eventuales entrantes pueden acceder al espectro concursado a través de contratos con los OMR que se adjudiquen dichos insumos sin tener que incurrir en las inversiones, el desarrollo y la mantención de redes que éstas realizan;

Sexagésimo séptimo:

Que, en tercer término, el informe técnico-económico acompañado a fojas 503 concluye que "[n]o se considera necesario establecer nuevos spectrum caps agregados ni tampoco implementar políticas de set aside spectrum para nuevos competidores", proponiendo en reemplazo el uso de "band-specific spectrum caps" o límites a la monopolización de bandas específicas del espectro, que pueden resultar estratégicas para futuros desarrollos tecnológicos o complementarias al uso de otras bandas. Esta conclusión es correcta dado que, como se muestra el Cuadro N° 1, no existe en la actualidad monopolización de bandas específicas, lo que hace que tales límites máximos carezcan hoy de relevancia (sin perjuicio que podrían adquirirla en el futuro, por ejemplo, en caso de abrirse un mercado secundario de espectro);

Sexagésimo octavo:

Que confirma lo hasta aquí concluido el Oficio Ordinario N°1283 de la Subtel, de 17 de febrero de 2014, acompañado a fojas 1271, donde consta que dicho organismo también considera que el límite de 60 MHz fue aplicable sólo a los concursos en que

se impusieron. En dicho oficio se sostuvo que límite de 60 MHz “se refería exclusivamente y agotó sus efectos en el proceso concursal específico que concluyó con la adjudicación de las respectivas concesiones de telefonía móvil digital avanzada a las entonces Centennial Cayman Corp. Chile S.A. y VTR Móvil S.A., no encontrándose vigente en la actualidad dicha restricción”. Esto fue ratificado en este proceso por los testigos señores Roberto Von Bennewitz Álvarez, jefe de la división jurídica de la Subtel, y Jorge Atton Palma, cuyas declaraciones constan en las transcripciones de fojas 578 y 1.053 bis, respectivamente;

Sexagésimo noveno:

Que, adicionalmente a lo indicado, el planteamiento de Conadecus respecto de la Sentencia N° 13/2005 –que sería, a su entender, un caso en que el límite impuesto en una resolución anterior fue mantenido por la Subtel en un concurso posterior– no es un antecedente del cual se desprenda que el límite a la tenencia de espectro contemplado en la Resolución N° 2/2005 y en la Sentencia de la Corte Suprema tenga aplicación general respecto de todas las bandas y frecuencias del espectro radioeléctrico. En efecto, el límite de 100 MHz impuesto en la Resolución N° 584/2000 de la H. Comisión Resolutiva se mantuvo en la Sentencia N° 13/2005 porque ambas trataban sobre concursos para asignar frecuencias en una misma banda, la banda de 3.400 MHz. De igual modo (y sólo a mayor abundamiento), en el Concurso 2.600 MHz tampoco fue establecido un límite de 60 MHz ni por la Subtel ni por este Tribunal;

Septuagésimo:

Que, en conclusión, no puede sostenerse que el límite de 60 MHz fijado en la Resolución N° 2/005 en el contexto de una operación de concentración y en la Sentencia de la Corte Suprema para el concurso de las bandas de 1700-2100 MHz (Concurso 3G) tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que haya creado una situación que debió ser respetada por las demandadas en el Concurso 700 MHz;

Septuagésimo primero:

Que, además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la imposición de un límite permanente implicaría la atribución por parte de los tribunales de justicia de una función de carácter regulatorio en un proceso contencioso como el de autos;

Septuagésimo segundo:

Que habiendo sido descartado que el límite de 60 MHz tenga una aplicación general a todas las bandas del espectro radioeléctrico, sólo resta analizar los antecedentes que obran en autos relativos a la conducta de acaparamiento anticompetitivo de espectro radioeléctrico alegada por la demandante;

Septuagésimo tercero:

Que, si bien la demanda no describe exhaustivamente qué mercado se cerraría con la conducta de acaparamiento, es evidente que éste no puede ser sino el mercado mayorista de servicios, pues la adjudicación de espectro no es necesaria para participar del mercado minorista, según se ha visto. Esto, por cierto, no significa que el mercado minorista no pueda verse afectado por un eventual cierre del mercado mayorista, pero tal efecto sería indirecto y sólo se puede analizar en caso de que sea comprobada la conducta anticompetitiva en el mercado mayorista;

Septuagésimo cuarto:

Que en el pasado este Tribunal ha conocido casos relativos a la tenencia y acumulación de activos estratégicos como conducta que puede afectar la libre competencia al generar una potencial barrera a la entrada, ya sea con ocasión de demandas en las que se imputan prácticas anticompetitivas o al analizar las condiciones específicas de un mercado. Así ha ocurrido respecto de la tenencia y acumulación de terrenos aptos para establecer supermercados (Sentencia N° 65/2008), de frecuencias aéreas para vuelos internacionales (Sentencia N° 81/2009), de derechos de aprovechamiento de agua (Sentencia N° 86/2009) y de oficinas para la venta de pasajes en terminales de buses (Sentencia N° 134/2014). Sin embargo, salvo en el primero de los casos mencionados, dicha tenencia y acumulación no fue analizada como un elemento de la conducta anticompetitiva, sino como parte del análisis de las barreras de entrada o bien como parte de otra figura (por ejemplo, un boicot colectivo). Por esto, tales casos no son asimilables entre sí ni tampoco resultan aplicables al presente caso;

Septuagésimo quinto:

Que en materia de telecomunicaciones la doctrina ha indicado que el acaparamiento de espectro hace referencia a "compañías que mantienen espectro sin utilizar y respecto del cual no tienen intención de utilizarlo activamente en el futuro", ya sea por motivos de especulación (esto es, para venderlo con una ganancia en el futuro) o por motivos exclusorios (es decir, para evitar su uso por otros) (véase International Telecommunication Union, "The regulatory environment for future mobile multimedia services: Towards more flexible spectrum regulation and its relevance for the German market", ITU New Initiatives Workshop on the Regulatory Environment for Future Mobile Multimedia Services, 2006, p.27. Traducción libre del inglés). En otras palabras, el acaparamiento se refiere "al uso estratégico del espectro para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores. Esto puede incluir negar a los rivales o nuevos entrantes el acceso al espectro o elevarle los costos" (Martin Cave, "Anti-competitive behaviour in spectrum markets", paper presentado en TPRC Conference, 2009, p. 5. Traducción libre del inglés);

Septuagésimo sexto:

Que como se desprende de las definiciones anteriores, el acaparamiento de espectro es una categoría de comportamiento menos específica que las tradicionalmente consideradas atentatorias a la libre competencia. Lo anterior por cuanto se trata de juzgar una conducta en un contexto donde es la regulación la fuerza principal que configura directamente la estructura del mercado (mayorista de servicios, según se ha indicado), no la demanda o la actuación estratégica de las firmas. Por esto, una pregunta relevante para efectos de resolver esta controversia es cuáles son los incentivos que existen para acaparar en un sistema que, como el chileno, otorga a la administración un alto nivel de injerencia en la asignación por la vía de determinar las condiciones a que se sujeta cada licitación de espectro;

Septuagésimo séptimo:

Que, de acuerdo con lo expresado, para que la conducta de acaparamiento imputada por Conadecus pueda ser sancionada en esta sede, es necesario acreditar que las demandadas han podido usar y han efectivamente usado el espectro de un modo estratégico para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores. La prueba de este proceso debió ser aportada para demostrar este punto. Sin embargo, como se verá en las consideraciones siguientes, ello no se hizo;

Septuagésimo octavo:

Que, en efecto, Conadecus ha manifestado que las redes 3G estarían prácticamente sin uso, por lo que adjudicar bandas relativas a 4G (como 2.600 MHz y 700 MHz) no tendría ninguna racionalidad económica, desprendiéndose de ello que el único afán de las demandadas sería acaparar espectro con fines anticompetitivos. En este mismo orden de ideas, manifiesta que la banda de 2.600 MHz tendría poco uso porque las demandadas habrían decidido comercializar los servicios correspondientes a esta banda como un servicio aparte, un nuevo servicio de lujo, en lugar de promover el uso de la red 4G para descongestionar las redes 3G y 2G. Esto, a su juicio, sería ineficiente y absurdo. En apoyo de su postura acompañó a fojas 1.211 una nota de prensa en la que se informaba que a junio de 2014 en Chile ya existían 1,3 millones de teléfonos móviles aptos para conectarse a las redes 4G, pero que a la misma fecha sólo había 182.871 teléfonos efectivamente conectados a esa red;

Septuagésimo noveno:

Que, asimismo, la actora sostiene que era innecesario abrir el Concurso 700 MHz. En este sentido, señaló que la banda de 700 MHz no es determinante para el desarrollo de las telecomunicaciones y que no existía apuro en llamar a este concurso, ya que recién se estaban implementando las redes del Concurso 2.600 MHz. Para acreditar lo anterior, acompañó a fojas 1.211 una entrevista del Sr. Andrés Gómez-Lobo –quien a esa fecha no era Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, como en la actualidad– en la cual señaló “Qué sentido tiene licitar ahora y no esperar a hacer un proceso con consulta al tribunal y que pueda dar garantías para los operadores entrantes. Por lo mismo no creemos oportuno ni necesario acelerar la licitación de 700 MHz [...]”. En un sentido similar, el Sr. Eduardo Bitrán Colodro –cuando aún no era nombrado Vicepresidente de Corfo, cargo que detenta en la actualidad– manifestó en una columna de opinión acompañada a fojas 1.211 que “La licitación apresurada de la Subtel entregará el filete del espectro radioeléctrico a los tres incumbentes en un proceso que impedirá a futuro avanzar en la propia dirección que la Subtel definió como la más adecuada”. Por su parte, el actual Subsecretario de Telecomunicaciones, el Sr. Pedro Huichalaf Roa afirmó, según consta en una nota de prensa también acompañada a fojas 1.211, que “la adjudicación del bloque de 700 MHz no es determinante para el desarrollo de las telecomunicaciones en Chile”;

Octogésimo:

Que adicionalmente la demandante ha señalado que la tecnología 4G para la banda de 700 MHz no estaría madura aún. Esto ha sido ratificado por testigos en este proceso. Así, el gerente general de Telefónica, Sr. Roberto Muñoz Laporte, en una entrevista, acompañada a fojas 1.211, señaló que “[e]s un espectro importante [banda de 700 MHz], pero si me preguntas si es urgente, no lo es porque recién tendremos la tecnología disponible en 2015. No hay una propuesta de terminales que operen en 700 MHz, si se asignara ahora igual tendríamos que esperar que sea una realidad”. Por su parte, el Sr. Mauricio Escobedo Vásquez, gerente general de Claro, señaló en su absolución de posiciones, cuya transcripción rola a fojas 1.008 y siguientes que “La tecnología disponible hoy aún a nivel mundial no ha desarrollado ni masificado terminales de 4G en la banda de setecientos para voz y datos”. En un sentido similar, el testigo Sr. Varas Palma, ante la pregunta de si Claro dispone de terminales para la banda de 700 MHz, señaló “Que yo sepa, no [...]”;

Octogésimo primero:

Que Conadecus sostiene que otra prueba de que la tecnología 4G de 700 MHz no estaría madura aún es que Entel solicitó realizar pruebas experimentales en Rancagua respecto de la banda de 700 MHz con posterioridad a que le fuera asignada la concesión en el Concurso 700 MHz, en circunstancia que tratándose de concursos de otras bandas, como aquella de 1.900 MHz, dichas pruebas experimentales se habrían realizado con anterioridad al concurso respectivo;

Octogésimo segundo:

Que lo afirmado por la demandada y resumido en las consideraciones anteriores carece de fundamento en estos autos. Por una parte, no ha sido presentada evidencia de que la Subtel haya investigado o abierto un procedimiento sancionatorio en contra de alguna de las demandadas por subutilización del espectro asignado en el Concurso de 2.600 MHz. En este sentido, el testigo Sr. Von Bennewitz Álvarez, según consta a fojas 597, indicó que "el único procedimiento de cargo que conozco por subutilización de espectro es al cual latamente me he referido, que se dirige en contra de VTR". Por otra parte, menos aún existe evidencia que indique que el sentido y el momento elegido por Subtel para la licitación de la banda de 700 MHz no era el adecuado o se prestaba para conductas anticompetitivas de las demandadas;

Octogésimo tercero:

Que en cuanto al uso del espectro, el testigo Sr. Jaime Áviles Soto, consultor en telecomunicaciones y perito judicial, afirmó -según consta a fojas 675- que "el espectro no está ocioso, lo están usando en alguna otra parte". En igual sentido, la testigo Sra. María Constanza Hill Corvalán, quien al momento de su declaración trabajaba en la división de política regulatoria de la Subtel, ante la pregunta de si el ancho de banda del Concurso 2.600 MHz está siendo utilizado por las concesionarios manifestó -según consta a fojas 912- que "Efectivamente, como es de público conocimiento, ya que las concesionarias están ofreciendo el servicio 4G, están publicitando en todas partes". En lo que respecta a Entel, el Sr. Sepúlveda Tormo, a fojas 798, declaró que "todos los espectros [de Entel] están ocupados";

Octogésimo cuarto:

Que, en este mismo contexto, la Subtel señaló, mediante Ordinario N° 5215 de 15 de abril de 2015, que rola a fojas 1.361, que "tanto en la banda 900 MHz -bloques A y B- como en la banda 2.100 MHz -bloques B y C-, las redes de las adjudicatarias Transam Comunicaciones S.A. (grupo Entel) y Nextel S.A., se encontraban plenamente operativas". De igual manera, dicho oficio dio cuenta que, en lo que respecta a la cobertura indoor de la banda de 2.600 MHz, Entel habría cumplido con los estándares exigibles. Finalmente, la Subtel manifestó no tener información sobre la cantidad de terminales 4G que hay en Chile (activados y no activados) y la cantidad de los mismos que ya están activados en la banda de 2.600 MHz, pero que según información entregada por la empresa consultora IDC, en el período 2013-2014, se vendieron 2.427.195 smartphones con capacidad para tecnología Long Term Evolution (tecnología 4G). Sin embargo, esta medición contempla los equipos vendidos a nivel de fabricantes y no necesariamente al consumidor final;

Octogésimo quinto:

Que, por otra parte, diversos testigos dieron a entender que sería racional para una empresa de telefonía móvil participar en el Concurso 700 MHz porque los consumidores estarían utilizando el servicio de datos con mayor intensidad que el

de voz. En este contexto, el Sr. Von Bennewitz Álvarez manifestó, según consta a fojas 599, que existen “usuarios empoderados cada vez más ávidos en necesidad de transmisión de datos”. En el mismo sentido, el Sr. Atton Palma señaló, según consta a fojas 1.063, que “[...] hoy día la tecnología de cuarta generación, o quinta generación que es lo que se llama el famoso Tsunami Digital, que en el fondo, viene un gran consumo de datos y de alta velocidad en que las redes actuales [...] no son capaces de sacar todo el tráfico”. La Sra. Hill Corvalán, según consta a fojas 906, sostuvo que “Hoy día en realidad estamos mucho más cercanos, o sea, cada vez nos estamos acercando más a temas de datos. ¿Por qué? Porque la gente quiere estar conectada siempre, quiere recibir sus mails siempre, quiere tener acceso a aplicaciones que nos facilitan la vida, y han hecho que en el fondo la gente demande más estos servicios”. Por su parte, el testigo Sr. Varas Palma afirmó –según consta a fojas 720– que “El tráfico de datos, sin embargo, se ha multiplicado varias veces desde 2009, en orden de magnitud, y si uno habla con el área técnica de la compañía, por lo menos, van a decir que hoy día el activo se usa principalmente para dar datos móviles, no tanto para dar voz”. El Sr. Lazcano Moyano señaló –según consta a fojas 966– que “efectivamente todos los datos indican que todos los servicios están migrando hacia servicios de transmisión de datos”. Finalmente, según consta a fojas 1.115, el testigo Sr. Barría Vera señaló que “el tráfico de voz ha bajado, y al revés, el tráfico de datos ha subido [...] hoy día los clientes satisfacen sus necesidades de telecomunicaciones básicamente con datos, me refiero a Whatsapp, correos electrónicos, más que la voz”;

Octogésimo sexto:

Que, conjuntamente con su mayor uso, el servicio de transmisión de datos utiliza un ancho de banda mayor que el servicio de voz. Diversos testimonios de autos respaldan esta afirmación. Así, el Sr. Lazcano Moyano señaló –según consta a fojas 966– que “si hablamos del volumen que hoy día existe en las redes, efectivamente la transmisión de datos... los datos usan más recursos que la voz” y que, por ende, “en el futuro se va a requerir más ancho de banda para ese servicio [datos] que el ancho de banda requerido para transmisión de voz análoga”. Lo anterior fue corroborado por el testigo Sr. Barría Vera, al decir que “si los clientes demandan, por ejemplo más datos que voz, se requiere más todavía, más cantidad de espectro, por qué, porque el dato ocupa mucho más espectro que la voz digamos” (fojas 1.115);

Octogésimo séptimo:

Que, por otra parte, las demandadas han sostenido que su participación en el tantas veces señalado Concurso 700 MHz no tenía por objeto cerrar el mercado sino entregar profundidad y diversidad a sus propias redes, con el fin de mejorar la calidad del servicio entregado a sus clientes (tanto en el mercado mayorista como en el minorista) y disminuir los costos asociados al servicio (en el mercado mayorista). En este sentido se refiere el informe acompañado por Claro a fojas 503, al señalar que “las distintas bandas presentan diferentes características. Las de menor frecuencia presentan ventajas en el alcance de la señal y en su capacidad de penetrar edificaciones. Por otra parte, las de mayor frecuencia presentan ventajas de capacidad, por lo que podrían ser más aptas para un uso en zonas con mayor densidad de población”. Así, las diversas bandas del espectro pueden resultar complementarias en la prestación de servicios de telecomunicaciones, dependiendo del objetivo de las operadoras que se las han adjudicado;

Octogésimo octavo:

Que diversos testigos que declararon en autos están contestes en que la banda de 2.600 MHz y la de 700 Mhz serían complementarias. El Sr. Áviles Soto señaló –según consta a fojas 671– que “este [sic] es una banda nueva que es para permitir que las compañías obtengan señales in-door ya que los dos mil seiscientos solo pueden obtener señales out-door y no en todas partes” y que las prestaciones en estas bandas “son las mismas”. La Sra. Hill Corvalán señala que –según consta a fojas 911– respecto de las bandas de 700 MHz y 2.600 MHz “Son redes que son complementarias que se llaman, porque ambas redes funcionan sobre, o sea, funcionan para dar tecnología 4G, que son como las tecnologías de alta capacidad de datos”. El Sr. Von Bennewitz Álvarez dijo a fojas 582 que la banda de 700 MHz “es una banda complementaria de aquella comercialmente conocida como 4G ya previamente licitadas que es la banda de 2.600 que tiene más bien condiciones de propagación outdoors”. El Sr. Varas Palma señaló a fojas 734 que “La Banda 700 está pensada para dar más cobertura indoor dentro de los edificios, que es un tema al momento de desplegar redes móviles, eh, eso. Está pensada para dar cobertura indoor. Y las bandas más altas están pensadas para outdoor pero en radios chicos, en zonas más densas urbanas, con alta capacidad de tráfico de datos”. Por su parte, el Sr. Lazcano Moyano, señaló –según consta a fojas 965– que las bandas de 700 MHz y 2.600 MHz “se complementan en el sentido de que la banda de 2.6 puede ser utilizada más eficientemente, o mejor, con mayor calidad de servicio en lugares exteriores, y la banda de 700 puede ser utilizada en mucha mejor calidad en lugares interiores”. Finalmente, el Sr. Atton Palma confirmó lo anterior señalando a fojas 1.079 que dichas bandas son complementarias;

Octogésimo noveno:

Que, en línea con lo anterior, se desprende del Informe acompañado a fojas 503 que la banda de 700 MHz es complementaria con las bandas entregadas con anterioridad a las concesionarias (mostradas en el Cuadro N°1), ya que (i) las longitudes de onda tienen características distintas que permiten el desarrollo de nuevas tecnologías y servicios; (ii) permite la cobertura en espacios que antes no podían ser alcanzados, o podían serlo con dificultad, por las bandas previamente asignadas; y (iii) entrega un mayor alcance en zonas rurales, cuyas densidades de población y extensiones territoriales dificultan y encarecen la cobertura a través de bandas del espectro con longitudes de onda más cortas;

Nonagésimo:

Que, finalmente, Telefónica acompañó a fojas 1.271 facturas y documentos electrónicos consistentes en videos de publicidad para acreditar que está ofreciendo el servicio 4G y que ha realizado inversiones para promocionarla. De acuerdo con esta demandada, ello daría cuenta de un interés real de usar el espectro que le ha sido asignado, desmintiendo la afirmación que el servicio 4G no se estaría prestando y que se ofrece como un servicio aparte;

Nonagésimo primero:

Que, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones anteriores, es posible concluir que la demandante aportó prueba fundamentalmente dirigida a acreditar la inconveniencia de la oportunidad en que la Subtel llamó al Concurso 700 MHz, materia que no puede ser juzgada en este caso, pues se refiere al actuar de la autoridad pública, que no ha sido demandada en autos. En efecto, la conducta imputada en autos es el acaparamiento de espectro radioeléctrico por parte de las

empresas de telefonía móvil demandadas, por lo que este antecedente no puede considerarse como un indicio de dicha conducta, pues la oportunidad del llamado al referido concurso es una decisión privativa de las autoridades respecto de la cual las demandadas no tienen injerencia alguna;

Nonagésimo segundo:

Que, en consecuencia, apreciada la prueba citada precedentemente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no existe evidencia clara y concluyente en autos de que las demandadas hayan participado en el Concurso 700 MHz con el fin estratégico de acaparar espectro y poner en peligro su uso efectivo y eficiente. Tampoco existe evidencia alguna destinada a probar los efectos exclusorios o de cierre de mercado derivados de dicha conducta. Por el contrario, la prueba aportada en autos entrega indicios de que las empresas demandadas tienen la intención y los incentivos para usar las frecuencias asignadas;

Nonagésimo tercero:

Que, por todo lo anterior, la demanda de Conadecus interpuesta en contra de Telefónica, Claro y Entel será rechazada;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 20º; 22º, inciso final; y, 29º del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

1) RECHAZAR la demanda de fojas 27 interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores en contra de Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; y,

2) CONDENAR en costas a la demandante.



155/2016

SENTENCIA 155/2016 (Causa Rol C 303-15)

“Demanda de Arketipo Lighting Co S.A. en contra de FLTechnology Chile Ltda.”

Fecha dictación: 14 de noviembre de 2016.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra y Javier Tapia Canales.

Demandante: Arketipo Lightning Co. (“Arketipo”).

Demandado: FLTechnology Chile Limitada (“FLT”).

Resumen de la controversia: Arketipo demanda a FLT por actos de competencia desleal, consistentes en una estrategia de descrédito y menoscabo a través de actos de confusión.

Mercado afectado: Equipos de iluminación.

Resolución del Tribunal: El Tribunal rechazó, con costas, la demanda interpuesta al considerar que la demandante no aportó evidencia para acreditar los hechos imputados ni cómo éstos habrían tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema (Rol N° 97.712 – 2016)

Temas que trata: Competencia desleal.

Santiago, catorce de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1.1. El 16 de diciembre de 2015, según consta a fojas 10, Arketipo Lighting Co. S.A. (en adelante, indistintamente, "Arketipo") interpuso una demanda en contra de Fltechnology Chile Limitada (en adelante indistintamente "FLT Chile") y don Matías Silva Aldunate (en adelante, indistintamente, "Silva Aldunate"). La demandante aduce que los demandados habrían infringido el artículo 3 letra c) del D.L. N°211 por actos de competencia desleal en el mercado de equipos de iluminación, consistentes en una estrategia de descrédito y menoscabo en su perjuicio, a través de actos de confusión.

1.2. Arketipo afirma que es una empresa que diseña, fabrica y distribuye productos del área de iluminación y que actúa como colaborador permanente de oficinas de arquitectura en el desarrollo de proyectos de iluminación.

1.3. A juicio de la demandante, FLT Chile y Silva Aldunate habrían señalado a sus clientes que cuentan con una patente de invención definitiva respecto de productos que Arketipo comercializa, a saber, panel led en cinta o luz continua. Sin embargo, alega la demandante, FLT Chile sólo habría presentado una solicitud de patente que se encontraría en trámite ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (en adelante, "INAPI") con peritajes pendientes. En ese contexto, reclama Arketipo, FLT Chile habría faltado a la verdad, siendo la demandante objeto de descrédito y menoscabo frente a sus clientes.

1.4. Por otra parte, Arketipo alega que FLT Chile habría obligado a sus clientes a comprar su producto aludiendo a una supuesta patente de invención y los habría presionado aduciendo que son los únicos que podrían comercializarlo por ser titulares de la patente. Agrega que, un ejemplo de lo anterior es que FLT Chile indicaría poseer la patente de invención N° 2563-2013 en su sitio web. En ese contexto, señala la demandante, FLT Chile habría provocado "desconcierto y angustia legal" a sus clientes.

1.5. Arketipo añade que Silva Aldunate habría tratado de intimidar a la demandante a través de una oficina de abogados enviando presentaciones escritas.

1.6. Luego, la actora aduce que ejecutivos de FLT Chile habrían sostenido reuniones, al menos, con los siguientes proyectos inmobiliarios que son clientes de Arketipo: Centro Cívico Lo Barnechea, Indumotora Las Condes y el Edificio Torre Nueva Santa María Etapa II, donde se les habría hecho entrega de un "folleto" con el producto en el que se estampaba "Patente de Invención N° 2563-2013". En dichas instancias, los ejecutivos de FLT Chile habrían señalado que Arketipo estaba demandada por no haber patentado sus productos.

1.7. Agrega Arketipo que la conducta que habrían desplegado los demandados generaría confusión ya que: (i) la propiedad industrial es un asunto desconocido; y (ii) la estrategia de descrédito y menoscabo tendría un efecto expansivo que afectaría no sólo el producto, sino que la imagen y reputación de la demandante.

1.8. Concluye la actora afirmando que el acto de competencia desleal que habrían ejecutado los demandados tendría "relevancia competitiva", definiendo ésta como la aptitud causal y capacidad de generar una mala opinión o duda acerca de las características de los productos de Arketipo, logrando así que sus clientes no lo compren o limiten su adquisición por la errónea y falsa información respecto de las patentes. En este sentido, el acto de confusión imputado a los demandados constituiría, a juicio de Arketipo, una barrera estratégica a la entrada.

1.9. En mérito de lo descrito, Arketipo solicita a este Tribunal:

- (i) Declarar que los demandados han ejecutado actos de competencia desleal;
- (ii) Ordenar a los demandados cesar en los actos de competencia desleal;
- (iii) Condenar a los demandados a pagar una multa ascendente a 400 UTA, en la proporción que corresponda según su grado de participación; o, en subsidio, condenar a los demandados a pagar la multa que el Tribunal estime ajustada a Derecho; y
- (iv) Condenar a las demandadas al pago de las costas.

2. El 5 de mayo de 2016, según consta a fojas 54, FLT Chile y Silva Aldunate contestaron la demanda, negando las acusaciones formuladas y solicitando su completo rechazo, con costas, en base a las siguientes consideraciones:

2.1. Indican que FLT Chile es una pequeña empresa que se dedica a la importación, distribución, comercialización y desarrollo de luminarias LED -sigla de light-emitting diode-. Afirman que, en su mayoría, estas luminarias se importan y desarrollan desde la fábrica de FLT Chile situada en Corea del Sur, mientras que otras provienen de China.

2.2. Señalan que FLT Chile comenzó a desarrollar una tecnología LED de luz continua más eficiente y que no presentaba las deficiencias técnicas de la tecnología existente en el mercado, denominada Backlight Unit. En particular, precisan, en noviembre 2012 FLT Chile logró producir dos modelos en su fábrica asociada en Corea del Sur.

2.3. Agregan que, una vez probados ambos modelos, contrataron a la oficina de abogados Paiva y Cía. para que iniciaran los trámites ante el INAPI y así poder obtener la patente de sus modelos de iluminación LED luz continua. Así, añaden, en septiembre de 2013 habrían presentado una solicitud de patente de invención ante el INAPI cuyo número sería 2563-2013. En agosto 2015, el perito revisor del INAPI habría emitido su informe analizando la novedad del producto y su nivel inventivo y de aplicación industrial, concluyendo que recomendaba la concesión del privilegio solicitado a FLT Chile.

2.4. Sostienen que desde la fecha de invención, los modelos antes indicados se habrían comercializado con múltiples proyectos inmobiliarios

tales como Clínica Meds, JP Morgan, Banco Security, BTG Pactual, Universidad Los Andes. Frente a la gran demanda por sus productos, agregan, los competidores de FLT Chile habrían comenzado a copiar y comercializar estos modelos, lo que ellos califican como un acto de competencia desleal y contrario al artículo 52 de la Ley N°19.039, que permite sancionar a aquellos que maliciosamente imiten o hagan uso de un invento con solicitud de patente en trámite.

2.5. Reclaman que FLT Chile es una empresa pequeña y que la demandante es una gran empresa del rubro (aludiendo a una “hormiga al lado de un elefante”), y que la verdadera intención de la demandante es impedir que FLT Chile pueda desarrollar nuevas tecnologías que benefician a la industria nacional y “quitarle” mercado.

2.6. En lo que respecta a los proyectos que se mencionan en la demanda, los demandados alegan que los mismos, en sus especificaciones originales, indicarían ex ante un proveedor específico y sus modelos de iluminación. Al efecto, señalan que los proyectos Centro Cívico Lo Barnechea y Edificio Torre Nueva Santa María indicarían en sus especificaciones a FLT Chile como proveedor y a sus modelos de iluminación cuya patente está en trámite. Al respecto, señalan que, si bien se percataron de que en estas obras Arketipo habría ofrecido a la constructora la imitación de los productos de FLT Chile a un menor precio, la iluminadora y el arquitecto del proyecto habrían defendido las especificaciones y atributos de la luminaria de FLT Chile. En ese contexto, los demandados afirman que habrían enviado una carta notarial a la constructora indicando que ellos contaban con una “patente en trámite”. Asimismo, habrían enviado la misma carta a Arketipo y a la competidora Led Studio.

2.7. En lo concerniente al tercer proyecto inmobiliario indicado en la demanda - perteneciente a Indumotora-, la arquitecta e iluminadora del proyecto habría indicado en las especificaciones técnicas a Arketipo y a su modelo, que sería una réplica del producto de FLT Chile. Por tal motivo, FLT Chile habría enviado una carta a Indumotora señalando que ellos tenían una patente en trámite respecto de la luminaria que incluía su proyecto, lo que podía generar problemas futuros. Sin perjuicio de ello, el proyecto se habría adjudicado a Arketipo.

2.8. Por otra parte, los demandados alegan que en cada uno de los proyectos indicados en la demanda, se mantuvo la especificación original dada por los proyectistas de iluminación, por lo que no habría perjuicio para la demandante.

2.9. Adicionalmente, señalan que en todas las cartas enviadas a los encargados de los proyectos inmobiliarios se habría indicado que la patente estaba en trámite. A su juicio, si sus vendedores señalaron otra cosa, correspondería a su error de comprensión del proceso de patentes, pero no a un acto de competencia desleal. En este sentido, sostienen, ello no debiera generar confusión porque habrían enviado cartas formales a competidores y clientes dando cuenta del estado de tramitación de la patente.

2.10. Concluyen los demandados señalando que la ficha técnica que acompaña la demandante sería un documento de uso interno y que no señala que la patente fue concedida. En el mismo orden de ideas, alegan que la página web de FLT Chile no hace mención a la patente de invención.

3. El Tribunal recibió la causa a prueba mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2016, que rola a fojas 93, fijando los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

"1. Estructura y características del mercado en el que participan las partes y evolución de su participación en el mismo;

2. Efectividad de que la demandada ha invocado un derecho de exclusividad sobre el producto cuya patente se encuentra en trámite ante el Instituto Nacional de Propiedad Industrial bajo el número N°2563-2013, con el objeto de desacreditar a la demandante en el mercado; y

3. Efectividad de que las conductas denunciadas fueron realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado."

4. Documentos acompañados por las partes:

4.1. El demandante acompañó a fojas 10 (i) copia de correo electrónico enviado en agosto de 2015 por Gabriela Fuentes, de la constructora Echeverría Izquierdo, encargada de la obra Indumotora Las Condes, a Oscar Hananias, de Arketipo; y (ii) copia de ficha técnica de equipo de iluminación que comercializa FLT Chile, disponible en su página web que indica "patente de invención N°2563-2013".

4.2. A fojas 54, los demandados acompañaron: (i) respuesta pericial de agosto 2015 emitida por el perito revisor del INAPI, donde recomienda la concesión de la patente solicitada por FLT Chile; (ii) carta de aviso notarial de agosto 2015 enviada por el estudio jurídico Paiva y Cía. a la demandante; (iii) especificaciones originales de los proyectos Centro Cívico Lo Barnechea y Nueva Santa María; y (iv) ficha técnica oficial del sitio web de FLT Chile. Adicionalmente, a fojas 95, los demandados acompañaron informes empresariales emitidos por Equifax en julio 2016, respecto de Arketipo, FLT Chile, Hunter Douglas Chile S.A. y Sociedad Comercial Wu y Pazzanese Ltda. (Led Studio), que contienen indicadores de tamaño de las empresas y de su nivel de riesgo, entre otros.

5. A fojas 115, el 9 de agosto de 2016, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

6. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del 7 de septiembre de 2016, según consta en el certificado de fojas 118, donde únicamente compareció y alegó el apoderado de los demandados.

Y CONSIDERANDO:

Primero:

Que, según se ha descrito en la parte expositiva de esta Sentencia, Arketipo imputa a los demandados haber incurrido en ciertas conductas contrarias a la libre com-

petencia en el mercado de equipos de iluminación. En particular, la demandante reclama que los demandados habrían ejecutado actos de competencia desleal consistentes, a su juicio, en una estrategia de descrédito y menoscabo frente a sus clientes, mediante actos de confusión;

Segundo:

Que, en específico, Arketipo reclama que los demandados, faltando a la verdad, habrían señalado que contaban con una patente de invención definitiva y, de esa forma, habrían generado confusión en sus clientes, irrogándole perjuicio. Adicionalmente, la demandante alega que los demandados habrían obligado a sus clientes a comprar su producto aludiendo a una supuesta patente de invención y presionándolos al aducir que son los únicos que pueden venderlo, provocando con ello desconcierto;

Tercero:

Que, por su parte, en su contestación los demandados refutaron las imputaciones formuladas, según se ha indicado, en base a diversas consideraciones, solicitando que se rechace la demanda con expresa condena en costas;

Cuarto:

Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 20.169, un acto de competencia desleal es aquella conducta que puede ser calificada como “contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado”. Que dichos actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° letra c) del D.L. N°211, son reprochables en esta sede sólo en la medida que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Bajo esas consideraciones, según han resuelto estos sentenciadores (Sentencia N°130/2013), sólo en el evento que este Tribunal alcance la convicción de que los hechos denunciados constituyen efectivamente actos de competencia desleal, se examinará si ellos han tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio;

Quinto:

Que, la carga de la prueba sobre las acusaciones efectuadas recae en la demandante de manera que ella debe demostrar la veracidad de las proposiciones de hecho que sustentan su acción. Así ha resuelto la Excma. Corte Suprema (sentencia de 18 de mayo de 2010, Rol 5443-2009, considerando 6°). En este orden de ideas, Arketipo debía suministrar evidencia suficiente para adquirir la convicción de que los demandados han incurrido en la conducta imputada. Que, a este respecto y según se indicó en la parte expositiva de esta Sentencia, la demandante sólo acompañó prueba documental consistente en (i) copia de correo electrónico enviado en agosto de 2015 por Gabriela Fuentes, de la constructora Echeverría Izquierdo, encargada de la obra Indumotora Las Condes, a Oscar Hananias, de Arketipo, el que a juicio de la demandante, daría cuenta de la confusión de sus clientes; y (ii) copia de ficha técnica de equipo de iluminación que comercializa FLT Chile, disponible en su página web que indica “patente de invención N°2563-2013” la que, según señaló Arketipo, se habría entregado a varios de sus clientes;

Sexto:

Que del examen de dichos documentos no es posible desprender de manera alguna que: (i) Arketipo haya sido objeto de una campaña de descrédito y

menoscabo frente a sus clientes por parte de FTL Chile y Silva Aldunate; (ii) FLT Chile y Silva Aldunate hayan obligado a sus clientes a comprar su producto aludiendo a una supuesta patente de invención; (iii) FLT Chile y Silva Aldunate hayan presionado a sus clientes, señalando que son los únicos que podrían comercializar luminarias LED, por ser titulares de la patente; y (iv) FLT Chile y Silva Aldunate hayan sostenido reuniones con los proyectos inmobiliarios que indica en su demanda ni menos que en dichas reuniones los demandados hayan señalado que Arketipo estaba demandada por no haber patentado sus productos;

Séptimo:

Que, en consecuencia, los documentos acompañados por la demandante que se singularizan en la consideración quinta no pueden ser considerados ni siquiera como indicio para formar convicción respecto de los hechos imputados;

Octavo:

Que, no habiéndose acreditado las conductas de competencia desleal imputadas en la demanda, no es necesario analizar la eventual posición de dominio -actual o potencial- de las demandadas;

Noveno:

Que, sin perjuicio de lo anterior, la demandante tampoco aportó ninguna prueba para demostrar la posición de dominio del demandado. Por el contrario, la única prueba que obra en autos sobre esta circunstancia, es el informe acompañado por la demandada a fojas 110, en el que se demuestra que FLT Chile es un actor más bien pequeño en esta industria;

Décimo:

Que, por las consideraciones antes expuestas, la demanda de Arketipo debe ser rechazada en todas sus partes, por no haberse acreditado los hechos en que se funda;

Undécimo:

Que corresponde, por último, pronunciarse acerca de la solicitud de condena en costas formulada por los demandados. Al respecto, los siguientes hechos y circunstancias demuestran la absoluta pasividad de la demandante en este proceso quien, una vez interpuesto su libelo de demanda, cesó toda participación útil en el proceso: (i) una demora de aproximadamente cinco meses para practicar la notificación de la demanda (fojas 10 y 35), que incluso derivó en el archivo de la causa (fojas 34); (ii) no haber encargado la notificación por cédula de la interlocutoria de prueba, debiendo este Tribunal notificar dicha resolución por el estado diario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, inciso tercero, del D.L. N° 211 (fojas 94); (iii) el no ofrecimiento de medios de prueba durante el término probatorio; (iv) la no comparecencia para fijar la fecha de la vista de la causa, citada mediante resolución de fojas 114; y (v) la no comparecencia a la vista de la causa que se llevó a efecto el 7 de septiembre de 2016, según da cuenta el certificado que rola a fojas 118;

Duodécimo:

Que, considerando lo anterior, y el hecho que la demandante fue totalmente vencida en juicio, este Tribunal la condenará en costas;

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

SE RESUELVE,

RECHAZAR la demanda de Arketipo Lighting Co. S.A., con costas.
Santiago, trece de enero de dos mil diecisiete.



19/2017

PROPOSICIÓN DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA N° 19/2017
(Causa Rol ERN N° 20-2014)

“Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago.”

Fecha dictación: 13 de enero de 2017.

Ministros que concurren a la vista y fallo: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra, Javier Tapia Canales y Tomás Menchaca Olivares. Con prevención de los Ministros Saavedra y Tapia y voto en contra, en la parte que se indica, de la Ministra Domper y el Ministro Menchaca.

Intervinientes: OPS Ingeniería Limitada; American Express Travel Related Services, Inc.; Banco Santander-Chile; Banco Central de Chile; MasterCard International Incorporated; Transbank S.A.; Banco de Crédito e Inversiones; Scotiabank Chile S.A.; Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A.; Multicaja S.A.; Banco de Chile; Fiscalía Nacional Económica; Servicio Nacional del Consumidor; Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Turismo; y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Objeto del proceso: Evaluar la pertinencia y oportunidad de recomendar la dictación o modificación de normas legales o reglamentarias relativas a los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago.

Mercado afectado: Industria de los medios de pago con tarjetas.

Recomendación del Tribunal: El objeto de la recomendación fue cambiar el paradigma de la normativa actual, procurando que el tratamiento de la industria se efectúe desde la perspectiva de las redes de tarjetas y no desde sus emisores. Asimismo, se proponen diversas medidas para fomentar la competencia en el mercado de la adquirencia, siendo la principal de ellas la prohibición de la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia, salvo en las actividades que Transbank desempeña como procesador de las operaciones que se realizan con medios de pago.

Temas que trata: Rol adquirente; procesador adquirente; rol emisor y procesador emisor; sociedades de apoyo al giro bancario; regla NAWI (no acquiring without issuing); no surcharge rule; tasa de intercambio.

Santiago, trece de enero de dos mil dieciséis.

PROPOSICIÓN DE MODIFICACIÓN NORMATIVA N° 19/2017 SOBRE SERVICIOS ASOCIADOS A LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO DE ACEPTACIÓN UNIVERSAL

RoI ERN N° 20-2014

I. Resolución de inicio

1. El 17 de abril de 2014, según consta a fojas 1, se resolvió iniciar un expediente de recomendación normativa, con el fin de evaluar la pertinencia y oportunidad de recomendar la dictación o modificación de normas legales o reglamentarias relativas a los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago. Dicha resolución tuvo como antecedente los argumentos expuestos por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, indistintamente, la "Fiscalía" o la "FNE") y otros intervinientes en el proceso no contencioso N° 418-13, caratulado "Solicitud de la FNE sobre modificación del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central".

2. Un extracto de la referida resolución fue publicado en un diario de circulación nacional, según consta a fojas 42. Adicionalmente, se ordenó la remisión de diversos oficios a organismos públicos y agentes económicos relacionados con la materia, según consta de fojas 4 a fojas 40.

II. Resumen de las opiniones de intervinientes y aportantes de antecedentes

II.1 Antecedentes y argumentos presentados por los intervinientes

3. El 29 de mayo de 2014, según consta a fojas 57, OPS Ingeniería Limitada ("OPS") aportó antecedentes, manifestando su interés en participar activamente en un mercado de medios de pago competitivo, desagregado e interconectado como el propuesto por la FNE en el proceso NC N° 418-13. En cuanto al mercado relevante, OPS manifiesta que no sería adecuado excluir a priori los cheques y otros medios de pago distintos de las tarjetas de crédito, en atención a que los cheques también constituirían mercados de dos puntas. OPS estima necesario considerar el análisis de los servicios financieros móviles, concepto que sería más amplio que el de banca móvil, que no se encontraría desarrollado en Chile y cuyo desarrollo fomentaría la bancarización.

4. OPS se manifiesta a favor de la desagregación efectiva de cada uno de los servicios y etapas del sistema de operación de tarjetas de crédito y débito administrado por Transbank. Plantea que las empresas que realizan el rol adquirente deberían emitir ofertas de facilidades de manera desagregada que detallen las funciones que las integran, sus precios y demás condiciones técnicas y comerciales. Lo anterior permitiría que nuevas empresas puedan prestar la totalidad o parte de los servicios de operación a los comercios. En este sentido, OPS solicita que la elección de la empresa de telefonía fija o móvil mediante la cual se conectan los terminales (o "POS", del inglés point of sales) al sistema bancario deba ser adoptada por el establecimiento de comercio, a fin que éste pueda elegir el medio de transmisión que estime más competitivo. Adicionalmente, OPS pide al Tribunal adoptar las medidas

pertinentes para hacer efectivo lo ordenado en la Sentencia N° 29/2005 en relación con la apertura competitiva en materia de equipamientos y programas computacionales de autorización y captura de transacciones de operaciones realizadas con tarjetas de crédito y débito.

5. OPS también solicita instruir a los bancos e instituciones financieras para que establezcan los mecanismos operativos necesarios para garantizar la interconexión plena entre los actores del sistema.

6. Asimismo, OPS propone regular la fijación de tasas de intercambio a pedido de cualquier actor que desarrolle en todo o parte los roles de emisor, adquirente u operador, siempre que el Tribunal haya comprobado la existencia de tarifas no competitivas o discriminatorias. Esta medida también debería implementarse respecto de cualquier cobro contenido en las ofertas de facilidades de las empresas adquirentes, cuando ellos no se encuentren sustentados en costos.

7. OPS solicita que las comisiones cobradas por Transbank no sean determinadas unilateralmente por dicha compañía, sino que sea un aspecto sujeto a las negociaciones que cada comercio sostenga con los operadores y adquirentes.

8. Por otra parte, OPS estima indispensable que, en el evento que se establezca una limitación de la actuación conjunta de los bancos en la adquirencia (medida propuesta por la Fiscalía en los autos NC N° 418-13), cada banco que opera actualmente por medio de Transbank y que debiera hacerse cargo del rol adquirente por separado, mantenga su titularidad sobre la cartera de aproximadamente 180.000 comercios afiliados al sistema hasta la fecha.

9. OPS sugiere, en el caso de encontrarse un comercio afiliado por más de un adquirente respecto de tarjetas de una misma marca, se otorgue el derecho a elegir al adquirente por el que canalizará una transacción. Propone, además, establecer condiciones técnicas para permitir que, en caso de existir pluralidad de adquirentes en un mismo comercio, no exista multiplicidad de terminales.

10. Finalmente, OPS solicita que las empresas que tienen una posición dominante en el mercado de la adquirencia u operación deban comunicar, a la FNE u otra autoridad, la celebración de acuerdos con empresas que realizan actividades no directamente relacionadas con su carácter de adquirente u operadora de tarjetas. Dicha medida tendría por objeto que cualquier empresa que preste dichos servicios pueda tener acceso a tales contratos y prestar los mismos servicios con igualdad de acceso y sin discriminación.

11. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 76, American Express Travel Related Services, Inc. ("American Express" o "AMEX") aportó antecedentes explicando que su marca internacional se encuentra presente en más de 130 países. En algunos AMEX tiene presencia directa, reuniendo roles de emisor de tarjetas y adquirente de establecimientos de comercios, además de realizar tareas operacionales y de provisión de equipos. En otros, en cambio, la presencia de AMEX se traduciría en el otorgamiento de licencias para la emisión de tarjetas y/o la adquirencia de comercios. En el caso chileno, AMEX constituyó y operó un banco hasta 2002. Desde esa fecha, no sería emisor de tarjetas de crédito en el país y operaría en virtud de licencias, sin condición de exclusividad, otorgadas a los bancos Santander y Corpbanca.

12. AMEX indica que, en general, existirían dos grandes modelos de negocios en materia de emisión y adquirencia de tarjetas de aceptación universal: los esquemas de tres partes y de cuatro partes. Sostiene que el sistema chileno podría ser caracterizado como un modelo de tres partes, ya que los emisores han encargado los roles de adquirencia, operación del rol adquirente y operación de red local únicamente a Transbank. En este modelo, el adquirente cobra una comisión (merchant discount) al comercio por la utilización de tarjetas y, luego, transfiere esa comisión a los emisores, descontando los costos de procesamiento de la transacción. Así, no existiría en Chile una tasa de intercambio (interchange fee) propiamente tal, a diferencia de lo que ocurre en un esquema de cuatro partes.

13. Según AMEX, el esquema de cuatro partes sería el modelo generalmente empleado por las marcas Visa y MasterCard en el mundo, en el que los roles de emisores y adquirentes se encuentran separados. Ello implica que el adquirente (que puede o no ser un emisor de tarjetas) afilia a un establecimiento de comercio para la aceptación de una tarjeta de crédito de una determinada marca, logrando que tal marca sea recibida universalmente por el comercio, independientemente que haya sido emitida por otro emisor. En los modelos de cuatro partes habitualmente se produce una transferencia de dinero desde los adquirentes a los emisores bajo la denominación de tasa de intercambio o interchange fee. Eso implica que, al efectuarse una transacción de pago con tarjetas, el emisor transfiere el valor de la respectiva transacción menos la tasa de intercambio. Esas relaciones económicas entre emisores y adquirentes se encontrarían reguladas por el respectivo propietario de la marca de tarjeta. En el modelo de cuatro partes tanto los emisores como los adquirentes remuneran al propietario de la marca de tarjeta de crédito con una comisión por transacción denominada assessment fee.

14. AMEX expresa que el modelo de negocios que ella utiliza difiere del aplicado por MasterCard y Visa, y lo denomina de “cinco partes”. En el AMEX negociaría directa y separadamente con los emisores y adquirentes, de modo que no existiría propiamente tal una tasa de intercambio. En su reemplazo, el modelo de AMEX contemplaría los cobros “issuer’s rate” y “network rate”. El issuer’s rate se acordaría entre AMEX y cada emisor, y correspondería a una porción que tiene derecho a recibir el emisor de la tarjeta American Express cada vez que ésta es utilizada en un comercio afiliado a su marca. Por otra parte, el network rate sería la comisión a que tiene derecho recibir AMEX del adquirente como contraprestación por el conjunto de servicios de autorización y otros que AMEX presta por conectar y facilitar el pago efectivo por parte del emisor a dicho adquirente. A lo anterior se sumarían los pagos que corresponderían AMEX por el licenciamiento de su marca y otros servicios. Todos los cobros se efectuarían por intermedio de AMEX, quien centralizaría los pagos y realizaría las compensaciones correspondientes. A juicio de AMEX, el esquema de cinco partes, promovería la competencia a nivel de las marcas de tarjetas de crédito y establecería los incentivos correctos para lograr una penetración adecuada en cada país, tanto para los tarjetahabientes como a los establecimientos de comercio.

15. En relación con el diagnóstico formulado por la FNE en el proceso NC N° 418-13, AMEX valora la importancia de introducir competencia en el mercado, pero expresa que su experiencia en Chile habría sido satisfactoria. El sistema actual en que Transbank realiza la adquirencia en representación de los bancos emisores le habría permitido, a pesar de ser un actor minoritario, ingresar al mercado y crecer

fuertemente. AMEX explica que de otro modo no habría tenido acceso a las economías de escala y de red que habría alcanzado con Transbank, posicionando la marca a un nivel competitivo y aumentando la cobertura de los establecimientos de comercio que aceptan sus tarjetas. Añade que la red transaccional de Transbank le otorga confianza y seguridad. AMEX indica que las opiniones de asociaciones de comerciantes vinculadas al turismo expresadas en el proceso NC N° 418-2013 respaldarían la visión de desempeño eficiente de Transbank.

16. A juicio de AMEX, no es posible afirmar que las economías de escala y de red envueltas en el negocio de la adquirencia no existan, aunque ellas no necesariamente justifiquen la existencia de un único operador. Es por ello que manifiesta su preocupación respecto de recomendaciones normativas que afecten la posición competitiva de AMEX en Chile, ya sea mediante la fijación de un merchant discount que haga inviable su modelo de negocios, ya sea por la pérdida de competitividad al no poder aprovechar las economías de escala y de red que logra Transbank, es decir, por la reducción de su cobertura en el país. En virtud de lo anterior, AMEX formula las siguientes consideraciones generales respecto de las recomendaciones normativas que este Tribunal podría formular: (i) las regulaciones propuestas deberían ser flexibles y contemplar la intervención de este Tribunal para determinar si las condiciones imperantes de mercado hacen necesaria una regulación o desaconsejan su aplicación en un momento dado; (ii) las regulaciones deben tener presente la naturaleza de mercado de dos lados, en virtud de la cual las decisiones de los clientes de cada submercado son interdependientes; y (iii) el objetivo de aumentar la competencia debe conciliarse con la preservación del normal funcionamiento del sistema de pagos.

17. Respecto de la medida de limitación de la actuación conjunta de los bancos en la adquirencia, AMEX sostiene que: (i) lo pertinente es determinar si tal medida podrá compensar la pérdida total o parcial de economías de escala y de red que hoy ofrece Transbank; (ii) no está de acuerdo con que en una economía pequeña como la chilena se apliquen, por vía de regulaciones, niveles de participación de mercado máximo; (iii) una medida como la propuesta podría provocar la pérdida de sinergias que hoy aprovecha AMEX como actor con participación minoritaria; (iv) la medida se podría transformar en una barrera para el ingreso de nuevos actores o el crecimiento de los existentes; y (v) puede traducirse en una disminución de la cobertura efectiva para las Pymes y generar riesgos de desceme de mercado, al concentrarse los esfuerzos comerciales en aquellas zonas que reportan mayores ingresos o de alta transaccionalidad.

18. En lo que respecta a la revocación de los mandatos de afiliación a Transbank, estima que dicha medida no perjudicaría a AMEX, en el entendido que se aplicarían las reglas generales sobre el contrato de mandato y se garantizaría que los establecimientos de comercio que actualmente aceptan las tarjetas AMEX puedan continuar con dicha aceptación. En todo caso, AMEX solicita que, en el evento de recomendarse tal medida, se sugieran reglas adicionales para evitar cualquier interrupción operativa en el sistema de aceptación de tarjetas.

19. Con respecto a la medida de fijación de tasas de intercambio, AMEX sostiene que, en el evento de adoptarse una limitación estructural como la solicitada por la FNE, se producirá uno de los mayores y más drásticos cambios en la industria de los medios de pagos en Chile. Por tanto, estima que lo prudente sería esperar el

desarrollo de los mercados en los próximos años antes de introducir un sistema de fijación de precios. Añade que la propuesta de la Fiscalía se basaría en un desconocimiento de los distintos modelos imperantes y en un prejuizgamiento sobre que los bancos e instituciones financieras se coludirán en el establecimiento de una tasa de intercambio artificialmente alta. Por el contrario, debiera esperarse competencia en el negocio de la adquirencia y que los cobros entre los distintos actores reflejen el interés de marcas, emisores y adquirentes de llegar al mayor número de consumidores y comercios.

20. En este sentido, AMEX se refiere a la posición del Banco Central en el proceso NC N° 418-13, indicando que sería positivo contar con una verificación más concluyente de los problemas de tarifas excesivas, cobertura deficitaria e insuficiente innovación, alegados por la FNE. En definitiva, no sería recomendable fijar tarifas antes de que se desarrolle el mercado de la adquirencia y se consideren los posibles efectos de la regulación sobre las tarifas que se cobran a los tarjetahabientes.

21. AMEX añade que la fijación de una tasa de intercambio restaría competitividad a su modelo de cinco partes. La fijación centralizada y única de una tasa de intercambio podría generar un merchant discount que el adquirente licenciario de AMEX no pueda replicar debido a las altas economías de escala y de red que gozarían Visa y MasterCard en Chile. Adicionalmente, AMEX podría perder un atributo competitivo que aprovecha en los mercados en donde los roles de emisor y adquirente son diferenciados, forzándola a equiparar el modelo que aplican sus competidores.

22. En definitiva, AMEX solicita que las recomendaciones normativas que se dicten vayan acompañadas de resguardos que constituyan incentivos efectivos para la libre competencia y que garanticen: (i) la continuidad de todos aquellos modelos de negocios que permitan obtener economías de escala y de red para empresas pequeñas; (ii) la mantención y crecimiento de la cobertura actual de la red de adquirencia; (iii) el establecimiento de un punto de partida equivalente entre las empresas que desempeñen los roles de emisión y adquirencia y un acceso no discriminatorio a los servicios de afiliación por parte de las diversas marcas; (iv) la inexistencia de estructuras, regulaciones y comportamientos que favorezcan a los actores dominantes de la industria; y (v) la seguridad y continuidad del sistema de pagos en Chile.

23. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 104, el Banco Santander-Chile ("Santander") aportó antecedentes. En primer término, explica el mercado relevante, asumiendo para esos efectos la definición efectuada por la FNE en su presentación en el proceso NC N° 418-13. Después de señalar las ventajas que el sistema de pagos electrónicos reportaría para tarjetahabientes y establecimientos de comercios, Santander destaca la necesidad de generar incentivos para que ambos lados participen en la plataforma. Lo anterior se traduce en que la estructura de precios deba ser fijada de manera que cada lado del mercado internalice las externalidades de red indirectas que genera sobre el otro lado. Concluye señalando que la adquirencia tendría un alcance más amplio que el indicado por la Fiscalía, involucrando tanto la afiliación de comercios como aspectos operacionales.

24. Santander se refiere a la regulación del sistema de pagos con tarjetas de crédito y débito, mencionando que parte de las atribuciones del Banco Central es velar

por el normal funcionamiento del sistema de pagos. El Banco Central se encuentra facultado, según lo dispuesto en el artículo 35 N° 7 de su Ley Orgánica Constitucional, para regular a emisores y operadores de tarjetas de crédito y débito, potestad que se manifestaría en los capítulos III.J.1 y III.J.2 del Compendio de Normas Financieras (en adelante "CNF"),

25. Por otra parte, Santander señala que la Ley General de Bancos (en adelante "LGB") otorga a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante "SBIF") las atribuciones de fiscalizar a las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otra similar y la de impartir instrucciones a las entidades fiscalizadas. En ejercicio de dichas facultades, la SBIF habría dictado los capítulos 8-3 y 2-15 de la Recopilación Actualizada de Normas (en adelante "RAN"), así como una serie de normas de carácter general, entre ellas, la Circular N° 40 de 2013.

26. En tercer término, Santander se refiere a la regulación de las sociedades de apoyo al giro bancario (en adelante indistintamente "SAGB"), contenida principalmente en los artículos 74 y 75 de la LGB, en el capítulo 11-6 de la RAN de la SBIF y en las circulares N° 3, 16 y 23 de ese servicio. Finalmente, Santander hace referencia al proyecto de ley presentado por el Ejecutivo al H. Congreso Nacional para reformar el sistema de pagos electrónicos en Chile (Boletín N° 9.201-03).

27. Luego, Santander señala los beneficios que el modelo actual habría reportado a emisores, tarjetahabientes y establecimientos, advirtiendo que muchos de esos beneficios y esas eficiencias podrían perderse si se introdujesen reformas estructurales al mercado sin considerar su complejidad y sus características. Dichas eficiencias consistirían en la alineación de los objetivos al interior de la plataforma; la internalización de las externalidades positivas generadas por ambos lados; el aprovechamiento de economías de escala, de ámbito y de densidad; la eliminación de la doble marginalización y del efecto de free-rider respecto de las inversiones e innovaciones; la afiliación de establecimientos que no serían atractivos comercialmente; la prescindencia de la tasa de intercambio; los altos niveles de seguridad; los desarrollos destinados a maximizar las externalidades de red y apoyo de planes de bancarización.

28. Santander aborda la cobertura del sistema en los lados adquirente y emisor. En lo que respecta al lado adquirente, señala que Transbank afiliaría a una serie de establecimientos que serían poco atractivos desde el punto de vista comercial (Servicio de Impuestos Internos, proveedores de servicios básicos, estaciones de distribución de combustibles, hoteles), además de implementar un plan de terminalización para extender la red a segmentos socioeconómicos más bajos. Sostiene que las críticas formuladas por la FNE respecto de la cobertura de red serían infundadas y basadas en datos incorrectos. Desde la perspectiva del lado emisor, Santander apunta a un importante incremento en el número de tarjetas y del volumen de transacciones cursadas, lo que no habría sido posible si la cobertura en términos de establecimientos fuera insatisfactoria.

29. En lo que respecta a las tarifas, Santander afirma que las comisiones serían bajas en comparación a otros países y no cubrirían los costos de operación del sistema. Los beneficios otorgados a los tarjetahabientes serían muy generosos y sobrepasarían el monto de las comisiones cobradas a ellos. Por otra parte, señala

que los merchant discount cobrados en Chile serían comparables con los aplicados en países con mayor nivel de bancarización y mayores escalas de operación. En el mismo sentido, los merchant discounts cobrados en Chile serían inferiores a los cobrados en otros países en desarrollo.

30. Santander critica que la FNE estime la existencia de rentas supracompetitivas a partir de un supuesto aumento de la incidencia porcentual de la tasa de intercambio implícita en los merchant discounts. A juicio de Santander, ese fenómeno sería una consecuencia de las disminuciones en los merchant discounts y, en todo caso, la crítica obviaría la dualidad del mercado en cuestión, analizando las rentas obtenidas a un solo lado de la plataforma. Añade que los ingresos netos obtenidos por la tasa de intercambio implícita contribuirían parcialmente a cubrir los costos de la actividad emisora, y que el negocio de las tarjetas de débito y crédito como medio de pago no generaría renta alguna para Santander.

31. Para Santander, una regulación del mercado de los medios de pago electrónicos debiera efectuarse luego de un estudio profundo, que garantice que las variables competitivas (precios, cobertura, innovación, seguridad, calidad de servicio) mejorarán o, a lo menos, no empeorarán. A su juicio, existirían riesgos considerables de que la regulación entorpezca la operativa del mercado, añadiendo que forzar el ingreso de nuevos adquirentes podría presionar el merchant discount al alza, o podría traducirse en un aumento a las tarifas cobradas a los tarjetahabientes o en una disminución de sus beneficios dada la naturaleza dual del mercado en cuestión. Para estos efectos, cita experiencias comparadas de Estados Unidos de América, Canadá y Australia, indicando que las intervenciones regulatorias se habrían traducido en mayores costos y menores servicios para los tarjetahabientes. Finalmente, sostiene que la entrada de nuevos adquirentes no garantizaría un aumento sustancial de la cobertura de la red, pues éstos tendrían incentivos para concentrarse en las áreas de mayor rentabilidad o porque existirían establecimientos que no querrían formar parte de la red de tarjetas de pago.

32. Santander sostiene que el establecimiento de límites a las cuotas de mercado no sería la vía adecuada para fomentar la competencia, pues aumentarían los costos de transacción; disminuirían los incentivos a la inversión e innovación dados los riesgos de free-riding; y se perderían las economías de escala, de ámbito y de red. Añade que la fijación de cuotas de mercado no otorgaría estabilidad a la estructura jurídica o modelo de negocios relativo a la adquirencia y que, en los hechos, saturaría al mercado al forzar el ingreso de emisores a participar en el mercado de la adquirencia. En apoyo de su postura cita las opiniones en el proceso NC N° 418-13 del Banco Central, MasterCard, Banco Estado, BCI, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Scotiabank. Concluye sosteniendo que, según la evidencia económica disponible, la medida de limitación de la propiedad de los bancos en Transbank resultaría contraproducente, pues terminaría con el alineamiento de intereses que permite el equilibrio entre las demandas de tarjetahabientes y comercios; y podría traducirse en doble marginalización y los efectos de free-riding.

33. Santander plantea algunas medidas que podrían implementarse a fin de perfeccionar la normativa actual, sin destruir los beneficios y eficiencias del modelo chileno. En primer término, propone regular específicamente el rol adquirente como distinto del rol emisor, determinando que el adquirente presta servicios a los establecimientos y asume la obligación de adquirir a tales establecimientos los cupones

o créditos generados por la utilización de tarjetas contra los emisores. Si se entien-
de al adquirente como un cesionario de los cupones o créditos generados por la
utilización de tarjetas contra los emisores, podría eliminarse la necesidad de que el
adquirente mantenga un contrato con el emisor. Cita en apoyo de esta propuesta
las opiniones formuladas por Banco Estado, Get Net y la SBIF en el proceso NC N°
418-13, así como las conclusiones del Informe sobre Inclusión Financiera y Medios
de Pago elaborado en 2013 por los Ministerios de Hacienda; Economía, Fomento y
Turismo; Transportes y Telecomunicaciones y Desarrollo Social (en adelante "Infor-
me sobre Inclusión Financiera y Medios de Pago" o el "Informe Interministerial").

34. En segundo término, Santander se manifiesta a favor de establecer tasas de
intercambio domésticas a fin de fomentar la entrada de nuevos adquirentes. Añade
que se debería determinar óptimamente las tasas de intercambio, pues si ellas fue-
sen muy bajas acarrearían una subutilización de las tarjetas como medios de pago
mientras que, si fuesen muy altas, disminuirían los incentivos de los establecimien-
tos a afiliarse al sistema. Señala que la eventual determinación de tasas de inter-
cambio debiera realizarse a través de un mecanismo que garantice la participación
activa de los involucrados, especialmente las marcas internacionales y los emisores.
Santander se manifiesta en contra de cualquier fijación de las tasas de intercambio
por reguladores o entidades externas a la industria, pues producirían efectos con-
traproducentes.

35. En tercer término, Santander sugiere establecer un modelo de acceso abier-
to a los servicios de Transbank, el que promovería el ingreso de nuevos adquirentes
y, a la vez, permitiría aprovechar las economías de escala, red y ámbito en aquellos
servicios en que ellas son relevantes. Como consecuencia, los servicios de afilia-
ción serían completamente contestables, sin ser necesaria la fijación de cuotas de
mercado u otras rigideces o ineficiencias regulatorias. Se trataría de una medida
contemplada por la FNE en la solicitud presentada ante este Tribunal en el proceso
NC N° 418-13 y que se encontraría presente en el proyecto de ley que regula la
competencia en el mercado de los medios de pago electrónicos. Respecto de ese
proyecto de ley, Santander propone que: (i) la obligación de acceso abierto tam-
bién se extienda a los adquirentes; (ii) se contemplen ciertos servicios que por su
naturaleza no debieran desagregarse; (iii) junto con la interconexión se garantice
la aceptación o captura universal por parte de los adquirentes de las transacciones
de todas las marcas de tarjetas; y (iv) la SBIF flexibilice el criterio que ha impedido a
Transbank conectarse con entidades que no tengan el carácter de bancos e institu-
ciones financieras.

36. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 247, el Banco Central de Chile
("Banco Central") aportó antecedentes reiterando aquellos que había expuesto en
el proceso NC N° 418-13.

37. El Banco Central se refiere a la potestad normativa autónoma que le con-
fieren a dicho órgano la Constitución Política de la República y su Ley Orgánica
Constitucional. Precisa que, en el ámbito de la regulación del sistema financiero
y del mercado de capitales, el Banco está facultado para dictar las normas a que
deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de
tarjetas de crédito o cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fisca-
lización de la SBIF (artículo 35 N° 7 de su Ley Orgánica Constitucional). Añade que,
de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la LGB, la SBIF debe fiscalizar

a los emisores u operadoras de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar, siempre que dichos sistemas importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público, ciertos sectores o grupos específicos de él. Como consecuencia de lo anterior, las tarjetas se encuentran sometidas al ámbito regulatorio del Banco en la medida que sean medios de pago susceptibles de aceptación generalizada.

38. El Banco Central también señala que el artículo 69 de la LGB incluye dentro de las operaciones propias del giro bancario la emisión y operación de tarjetas de crédito (N° 24); y la facultad de recibir depósitos del público y de celebrar contratos de cuenta corriente bancaria (N° 21), actividad que se encuentra vinculada con la emisión y operación, por parte de bancos, de tarjetas de débito o con provisión de fondos.

39. También indica que, en cumplimiento del mandato legal de velar por el normal funcionamiento del sistema de pagos, ha dictado la regulación específica para medios de pago minoristas, incluyendo la normativa general aplicable a la emisión u operación de tarjetas de crédito, débito o pago con provisión de fondos (capítulos III.J.1, III.J.2 y III.J.3 del CNF). Sostiene que la citada regulación determina las autoridades facultadas para emitir u operar esos medios de pago, estableciendo requisitos prudenciales relativos a su solvencia, liquidez y gestión de riesgos operacionales y tecnológicos. Precisa que las entidades autorizadas varían según el tipo de actividad (emisión, operación o adquirencia) y el tipo de medio de pago de que se trate (tarjeta de débito, crédito o provisión de fondos).

40. En el caso de la emisión de tarjetas de débito o de pago con provisión de fondos, su emisión se restringe exclusivamente a los bancos, por importar la captación habitual de recursos por parte del público. En cambio, la emisión de tarjetas de crédito no se encuentra restringida, permitiendo la participación de entidades no bancarias.

41. Acota que la normativa del Banco Central ha sido dictada con observancia del principio de no discriminación y previo informe de la SBIF. En virtud de su autonomía constitucional, esa normativa se encuentra sometida a un control jurisdiccional especial, careciendo este Tribunal de competencia para modificarla o dejarla sin efecto. Finalmente, indica haber manifestado su interés y compromiso por promover el desarrollo y la innovación en los medios de pago, y por resguardar otros bienes públicos, como la confianza y fe pública.

42. El Banco Central sostiene que, en abril de 2013, dictó una nueva normativa que regula la emisión y operación de tarjetas de crédito, para lo cual consideró la intensificación en el uso de los medios de pagos electrónicos y los objetivos de fortalecer y preservar la confianza de la población, extender el uso de esos medios de pago a sectores diversos de la economía y permitir el ingreso de nuevos operadores y emisores. Entre los cambios orientados a flexibilizar y perfeccionar la regulación aplicable el Banco Central destaca (i) la ampliación del giro de operadores de tarjetas de crédito, permitiéndoles también operar tarjetas de débito, (ii) el perfeccionamiento de la definición de operador, distinguiendo actividades de operación reguladas de otras actividades accesorias que, si bien pueden ser ejecutadas por operadores, también pueden ser realizadas por empresas no reguladas. En ese grupo de actividades se encontrarían la afiliación o la provisión de canales electrónicos,

en la medida que ellas no importen la autorización y registro de transacciones; y (iii) la no discriminación en la interconexión de redes.

43. A juicio del Banco Central, su regulación cumple el objeto de velar por la estabilidad del sistema de pagos y regular los aspectos esenciales de la operación y emisión de tarjetas. En virtud de lo anterior, un adecuado entendimiento del alcance de esa regulación permitiría descartar la existencia de barreras legales a la entrada.

44. El Banco Central estima que dos aspectos regulatorios podrían ser modificados para incidir en una mayor competencia en el mercado. En primer término, plantea flexibilizar las regulaciones que restringen la emisión de tarjetas de prepago, permitiendo la participación de entidades no bancarias. Lo anterior permitiría una mayor disponibilidad de esos instrumentos, así como beneficios tanto para la competencia entre medios de pago como para la inclusión financiera. En este sentido, se pronuncia favorablemente respecto de proyecto de ley tramitado bajo el boletín N° 9197-03.

45. En segundo término, el Banco Central estima relevante contar con una mayor conectividad en materia de sistemas de tarjetas de crédito y débito. En particular, el Banco Central sostiene que la SBIF habría efectuado una interpretación restrictiva de las normas que rigen a las SAGB, en particular respecto de la posibilidad de prestar sus servicios a entidades no bancarias. El Banco Central estima que, autorizar en términos explícitos a las SAGB para operar medios de pago minoristas emitidos por cualquier institución financiera sujeta a fiscalización de la SBIF, podría promover la competencia en el mercado.

46. Finalmente, el Banco Central, señala que resultaría relevante que este Tribunal tenga acceso a antecedentes empíricos adicionales sobre los niveles de penetración de los medios de pago minoristas en Chile, así como sobre la relación entre innovación y competencia respecto de los mismos. Además, sostiene que es necesario conciliar el fomento de la competencia con la necesidad de preservar el normal funcionamiento del sistema de pagos.

47. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 487, MasterCard International Incorporated ("MasterCard") aportó antecedentes, indicando ser una compañía mundial de tecnología de pagos que provee una red mundial de telecomunicaciones y sistemas mundiales de ruteo de transacciones. Señala tener aproximadamente 22.500 licenciarios y que su marca aparecería, a fines del año 2012, en más de 717 millones de tarjetas de crédito y 1.420 millones de tarjetas de débito.

48. MasterCard explica que no emite tarjetas por sí misma, no contrata a los comercios para aceptar las tarjetas de su marca, ni autoriza o registra las operaciones, ya que esas actividades son ejecutadas por emisores, adquirentes y procesadores. MasterCard provee el ruteo de mensajería de transacciones a través de su red mundial (switching), además de otros servicios de valor agregado (resolución de disputas, Smart data, productos de riesgo y fraude, etcétera).

49. Una transacción típica realizada a través de la red de MasterCard seguiría la siguiente ruta: (i) el encargado del comercio pasa la tarjeta por el terminal operado por el adquirente u operador, etapa en la que se lee la información básica de la tar-

jeta (número de tarjeta, fecha de expiración, monto de transacción, fecha, información básica del comerciante); (ii) el mensaje se transmite al adquirente; (iii) el adquirente reenvía el mensaje a MasterCard; (iv) MasterCard lo reenvía al emisor de la tarjeta, se encuentre éste dentro o fuera del país; (v) el emisor autoriza y registra la transacción; y (vi) el mensaje de autorización es comunicado al comercio por intermedio de MasterCard y el adquirente. Este flujo se conoce como proceso de autorización. Después de dicho proceso, el adquirente envía un segundo mensaje, denominado mensaje de compensación, que inicia el flujo de fondos y que se comunica por la misma ruta. El emisor de la tarjeta utiliza el mensaje para registrar la operación en la cuenta del tarjetahabiente y pagar al adquirente. Una vez que las operaciones han sido autorizadas y compensadas, MasterCard informa los saldos netos a las partes de la operación y una posición final en la liquidación.

50. A juicio de MasterCard, el nivel de bancarización en Chile (64%) debería haber llevado a una penetración importante de los medios de pago electrónicos en el consumo doméstico. Sin embargo, Chile exhibiría una penetración más baja (25%) que países con niveles de bancarización inferiores (Brasil 33% de penetración de medios de pagos con 61% de bancarización; Venezuela 30% de penetración de medios de pago con un 62% de bancarización). MasterCard hace presente que en esos países existiría competencia en la adquirencia, procesamiento y switching. MasterCard estima que la multiplicidad de adquirentes y procesadores constituye un vehículo para fomentar la innovación, la expansión y la competencia. Lo anterior explicaría por qué países con un alto número de adquirentes y con un bajo número de procesadores tendrían como resultado un bajo nivel de penetración de medios de pagos electrónicos (México y Colombia).

51. En todo caso, según MasterCard la comparación debiera efectuarse con países integrantes de la OCDE, en atención al nivel de desarrollo de Chile respecto del resto de Latinoamérica. Al efectuar esa comparación, Chile obtendría una baja penetración de los pagos electrónicos en el consumo doméstico, una baja cobertura de comercios afiliados a pagos electrónicos y un bajo número de tarjetas por adulto.

52. MasterCard se refiere al caso brasilero como un ejemplo de apertura del mercado de medios de pagos electrónicos mediante la publicación de una serie de informes no vinculantes por parte del Banco Central de dicho país, sin interferir en la actividad comercial.

53. A juicio de MasterCard, los sistemas de cuatro partes pueden contribuir a la efectividad y estabilidad del sistema financiero, promover el uso de tarjetas y fomentar la competencia. Explica que en esos sistemas, además de los roles de emisor, procesador emisor, adquirente y procesador adquirente, existe un proveedor de red (switch) que facilita la interconexión o interoperabilidad entre los demás actores. El proveedor de red, al no tener participación accionaria en las otras partes, tendría como modelo de negocio lograr la más amplia participación de ambos lados del sistema, fomentando el crecimiento de la red. El proveedor de red también establece las reglas y los demás términos de funcionamiento de la red, la promueve y monitorea sus riesgos.

54. MasterCard indica que los sistemas de cuatro partes serían únicos porque los emisores y adquirentes que participan en ellos también compiten entre sí por tarje-

tahabientes y establecimiento. Estos sistemas disminuirían los costos de afiliación, permitiendo la participación en él de un mayor número de emisores y adquirentes que aprovechan la infraestructura existente.

55. En lo que respecta a la tasa de intercambio, MasterCard afirma que ella es una transferencia de parte del valor ofrecido a los comercios por el uso de métodos electrónicos de pago, efectuada por los adquirentes a los emisores por su rol en la cadena de valor. Mientras en los modelos cerrados la existencia de tasas de intercambio es implícita, en los modelos de cuatro partes éstas se tornarían explícitas y servirían como una transferencia de valor desde los comerciantes (beneficiados por la existencia de tarjetas de crédito) a los emisores (responsables de la emisión y administración).

56. MasterCard explica que, en los sistemas de cuatro partes, una tasa de intercambio demasiado baja favorecería a los adquirentes, pero no fomentaría la emisión de tarjetas; mientras que una tasa de intercambio alta le convendría a los emisores, pero no fomentaría la aceptación por comercios. Como consecuencia de lo anterior, MasterCard estima que ella, en su calidad de proveedor de red, sería la entidad natural y apropiada para fijar la tasa de intercambio, por no recibir ninguna parte de ella y por ser su único interés el crecimiento de ambos lados del sistema de cuatro partes.

57. MasterCard propone una serie de reformas para fomentar la competencia en el mercado de los medios de pago. En primer lugar, plantea enmendar la circular N° 3539 de la SBIF, a fin de permitir que las SAGB presten sus servicios a entidades diferentes a bancos, sus filiales y otras SAGB.

58. En segundo lugar, sugiere incorporar en el proyecto de ley que ha presentado el Ejecutivo para regular los medios de pago electrónicos (Boletín N° 9.201-03), el rol de proveedor de red. Adicionalmente, propone imponer las siguientes obligaciones a los emisores u operadores que, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición de dominio en algunos de los mercados: (i) establecer condiciones y requisitos públicos, generales, transparentes, objetivos y no discriminatorios de contratación; (ii) cobrar tarifas basadas en costos marginales; (iii) prestar servicios en forma desagregada; (iv) no negar la prestación de servicios a emisores u operadores que cumplan condiciones de contratación; y (v) no ofrecer servicios de adquirencia en forma conjunta. La calificación de dominancia debería ser realizada por este Tribunal, sin perjuicio de presumirse de derecho la existencia de una posición dominante si los emisores u operadores concentran más del 30% de las tarjetas de crédito, débito o prepago; o más del 30% de las transacciones efectuadas con tarjetas. Finalmente, MasterCard propone imponer la obligación de interconexión sujeta a obligaciones de interoperabilidad, no discriminación y neutralidad de red.

59. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 355, Transbank S.A. ("Transbank") aportó antecedentes, indicando que el modelo del sistema chileno de pagos con tarjetas de crédito y débito gozaría de un conjunto de bondades y eficiencias que se habrían traspasado al mercado. A su juicio, forzar un mayor número de competidores en adquirencia no necesariamente daría lugar a menores precios y a una mejoría de factores competitivos, señalando que sería necesario un análisis sistémico del modelo antes de adelantar un cambio regulatorio.

60. Transbank explica que fue creada en 1989 con el objeto de prestar servicios de adquirencia de tarjetas de crédito a sus accionistas. El desarrollo de Transbank fue acelerado por la cesión de los contratos que mantenía hasta la fecha Bancard S.A., operación aprobada por la H. Comisión Preventiva Central mediante el Dictamen N° 757, de 1991. Señala que su actividad se encuentra doblemente regulada: en cuanto SAGB, por el artículo 74° de la LGB; y en cuanto operadora de tarjetas, por los artículos 65° N° 7 de la Ley Orgánica del Banco Central y 2° de la LGB, los capítulos III.J.1 y III.J.2 del CNF del Banco Central y por la RAN de la SBIF.

61. Transbank añade que ha sido sometida a diversas revisiones por organismos de defensa de la competencia: (i) el Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central, que aprobó la operación de cesión de contratos y concentración entre Transbank y Bancard S.A.; (ii) el Dictamen N° 898 de la H. Comisión Preventiva Central; y (iii) la Sentencia N° 29/2005 de este Tribunal.

62. En el marco de estas revisiones, no fue un problema de competencia que Transbank fuera el principal operador de tarjetas de crédito de aceptación universal y que estuviera vinculada a nivel de propiedad con los emisores. En efecto, en 1991 este hecho fue considerado como una mejoría respecto de la estructura de mercado existente, ya que permitiría internalizar externalidades de redes y permitir el aprovechamiento de economías de escala.

63. A su vez, la Sentencia N° 29/2005, junto con el avenimiento parcial alcanzado en ese proceso con la FNE y el Plan de Autorregulación a que dio lugar, constituirían un verdadero estatuto particular de libre competencia aplicable a Transbank, que implica: (i) la obligación de otorgar acceso abierto y desagregado a sus servicios de operación para el conjunto de emisores; (ii) la obligación de no discriminación arbitraria a emisores; (iii) las obligaciones de información pública y transparente; (iv) el carácter facultativo de la gestión de afiliación que Transbank hace en representación de los emisores; (v) la prohibición a la negativa de prestación de servicios a comercios; y (vi) la sujeción a un plan de autorregulación, consistente en un sistema de tarifas máximas y tramos de descuentos autorizados para distintas categorías de comercios.

64. Transbank indica haberse ajustado a las exigencias impuestas por la Sentencia N° 29/2005, el Avenimiento y el Plan de Autorregulación, lo que explicaría que diversas investigaciones conducidas por la FNE fueran archivadas (roles N° 901-07, 21-07 y 815-06).

65. Explica que el acceso abierto a los emisores se tradujo en la “Oferta Pública de Servicios de Operación de Tarjetas Provistos por Transbank S.A.”, en la que las tarifas seguirían un criterio de empresa eficiente. Así, un conjunto de emisores que desarrollaban por sí mismos los servicios de operación de sus tarjetas contrataron a Transbank (Tricot, Presto, Falabella, Ripley, Cencosud).

66. Añade que se modificaron los mandatos de afiliación otorgados por los emisores, se reformó el pacto de accionistas de Transbank y se dio cumplimiento al Plan de Autorregulación. A mayor abundamiento, indica haber rebajado voluntariamente los merchant discounts máximos, lo que reflejaría la voluntad de la compañía de mantener sus tarifas acordes con la evolución de las mismas en jurisdicciones comparadas y de traspasar las eficiencias alcanzadas a los establecimientos de comercio.

67. Transbank también señala haber: (i) establecido políticas especiales de penetración de tarjetas en establecimientos de segmentos socioeconómicos más bajos; (ii) aceptado la interconexión con otros operadores de red, proceso que se habría frustrado debido a la negativa de autorización de la SBIF; (iii) capacitado al directorio en libre competencia y adoptado otras medidas de cumplimiento; y (iv) manifestado su opinión favorable respecto de las medidas de interconexión de redes y acceso abierto propuestas por el Ejecutivo.

68. A continuación, Transbank se refiere a los mercados relevantes en que se desempeña. Explica que presta servicios a emisores bancarios o no bancarios que cuenten con las autorizaciones de la SBIF en lo que respecta a su relación con los establecimientos comerciales. Transbank aclara que el rol adquirente tiene un alcance mucho más amplio que la afiliación de comercios al sistema de pagos con tarjetas; comprende, en general, garantizar a los comercios el pago de las transacciones efectuadas con tarjetas, así como la prestación de diversos servicios que permiten el desarrollo del ciclo de pago. A su juicio, se distinguen cinco grandes funciones dentro del rol de adquirente: (i) afiliación de comercios; (ii) servicios de red; (iii) servicios de autorización de adquirente, switch para autorización emisora y captura de transacciones; (iv) servicios de procesamiento y resolución de controversias; y (v) servicios de desarrollo de mercados y productos. Transbank añade que, en un sentido amplio, los servicios de operación comprenden las funciones numeradas (ii), (iii) y (iv).

69. Transbank indica que existen diversas clases de economías en los servicios que comprenden la función adquirente. En el caso de los servicios de afiliación existirían ciertas economías de escalas y de ámbito derivadas de la afiliación simultánea para varias marcas. En los servicios de operación, en cambio, las economías de escala y densidad resultarían evidentes y se derivarían de la operación e infraestructuras con altos requerimientos técnicos y de inversión. Esta situación habría sido reconocida por la Sentencia N° 29/2005, por economistas y por el informe sobre Inclusión Financiera y Medios de Pago Electrónico. Esas economías de escala y densidad también explicarían que diversos emisores no bancarios se hayan adherido a Transbank pese a no tener vinculación de propiedad con ella. Las economías en los servicios vinculados a la operación implicarían que los costos medios disminuyen a medida que aumenta el volumen del que los provee, llevando a que operadores de mayor tamaño sean más eficientes. Según Transbank, esa lógica subyacería al proyecto de ley Boletín N° 9201-03. Finalmente, en lo que respecta a los servicios de desarrollo de la adquirencia, Transbank indica que involucrarían importantes economías de escala y de ámbito, pues su provisión centralizada evitaría duplicidades y free riding.

70. A juicio de Transbank, el mercado principal del producto en este expediente corresponde al de los "servicios de adquirencia a establecimientos comerciales para la aceptación de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal", entendiendo la adquirencia en sentido amplio. Dicho mercado tendría un alcance nacional.

71. Transbank afirma que las tarjetas de crédito cerradas no constituyen un sustituto perfecto de las de aceptación universal, pero sí son un mercado conexo que ejercería algún tipo de influencia en el desarrollo del mercado de adquirencia. Lo anterior se traduciría en que varios de los servicios adquirentes de Transbank hayan

sido contratados por emisores para sus tarjetas cerradas. Transbank explica que las tarjetas de crédito no bancarias tuvieron una expansión durante las últimas décadas, fenómeno que atribuye a la nula regulación a la que habrían estado sujetas, al aprovechamiento de sus canales de distribución para otorgar créditos a segmentos poco bancarizados y a las desventajas de los bancos para expandirse. Así, existiría un nivel de sustitución entre las tarjetas bancarias y las comerciales, tanto desde la perspectiva del comercio como de los tarjetahabientes (considerando las tarjetas en su conjunto).

72. Por otra parte, Transbank señala que el mercado de servicios de adquirencia no es más que un lado de un mercado de dos lados, que es atendido por múltiples actores a través de una plataforma abierta. Esa interrelación habría sido reconocida por diversos precedentes internacionales, la doctrina comparada, el proyecto de ley del Ejecutivo y el Informe Interministerial. Por ello, el lado emisor de tarjetas de aceptación universal sería un mercado directamente relacionado con el mercado de servicios de adquirencia, existiendo externalidades cruzadas que impedirían un análisis descontextualizado de cada uno de los lados. Atendida la existencia de dichas externalidades, los beneficios que se producen en un lado deben ser transferidos a otro, lo que ocurre mediante las tasas de intercambio que explícita o implícitamente se pagan desde el lado adquirente al lado emisor. Transbank acota que a la tasa de intercambio correspondería aproximadamente al 80% del merchant discount.

73. Transbank se refiere a la estructura de la adquirencia de tarjetas de crédito, haciendo referencia a los sistemas de tres y cuatros partes. Explica que, en los modelos de tres partes (o de adquirencia propia), las funciones de emisión y adquirencia se realizan por la misma red o por un mismo operador de red a nombre de terceros, mientras que en los modelos de cuatro partes (o de adquirencia descentralizada) el emisor y el adquirente son entidades distintas, requiriendo que la red de tarjetas administre la relación entre esos dos actores. El modelo chileno, si bien conceptualmente sería de cuatro partes, en la práctica funcionaría como uno de tres, en donde los emisores también serían los adquirentes a través de Transbank. Por esa razón no habría sido necesario fijar tasas de intercambio, pues el adquirente establecería un merchant discount que equilibraría los dos lados de la demanda.

74. Transbank señala que el modelo de cuatro partes se explicaría históricamente y que no necesariamente sería la solución más adecuada o eficiente. Añade que los sistemas de cuatro partes han sido revisados desde la óptica de la libre competencia en varias oportunidades y que los efectos de la competencia entre plataformas de tarjetas de crédito, de tres y cuatro partes, serían inciertos. Los modelos de cuatro partes con varias redes competitivas presentarían precios superiores a los chilenos y niveles de servicio menores que en el país (Colombia, Perú, Brasil, Argentina y México).

75. Transbank continúa haciendo referencia a distintos esfuerzos para regular los mercados de tarjetas de pago. En primer término se refiere al caso de Brasil, en donde el mercado experimentó fuertes transformaciones de su estructura como consecuencia de iniciativas de los actores de la industria y decisiones de las autoridades regulatorias. En segundo lugar se refiere a Colombia, en donde la autoridad inició varios expedientes investigativos contra las redes de tarjetas Redeban y Credibanco, los que terminaron en un acuerdo por el que ellos se comprometieron a

fixar independientemente las tasas de intercambio. En tercer término, cita el caso de Nueva Zelanda, en donde la autoridad alcanzó un acuerdo con las entidades concernidas para fijar tasas de intercambio y eliminar algunas reglas como la no surcharge rule. Transbank indica que esos ajustes se habrían traducido en una disminución del merchant discount promedio, pero que era muy difícil cuantificar los efectos en los precios pagados por los consumidores finales.

76. En cuarto término, Transbank se refiere a Estados Unidos y en particular a la enmienda Durbin, mediante la cual: (i) se aceptó la imposición de techos o caps a las tasas de intercambio de los grandes bancos; (ii) se prohibió limitar el número de redes de pago para el procesamiento de transacciones; (iii) se vedaron las restricciones a descuentos por escoger un medio de pago determinado; (iv) se prohibió impedir el uso de cualquier red de pagos por tarjetas; y (v) se prohibió la imposición de reglas que establecieran montos mínimos de transacción (sobre US\$ 10). Transbank, citando a MasterCard, indica que la regulación en Estados Unidos habría producido una disminución en las tasas de intercambio, un incremento en las comisiones bancarias, una reducción de los programas de recompensas, además de no existir evidencia respecto de un eventual traspaso de ahorros de los comercios a los tarjetahabientes.

77. Finalmente, Transbank se refiere al caso australiano, en donde la Australian Payment System Board del Reserve Bank of Australia decidió regular el sistema de pagos, reducir las tasas de intercambio y establecer un límite en el precio que se cobraría a un entrante que quisiera conectarse a una red ya instalada. Transbank indica que la reforma regulatoria no produjo una reducción en el uso de tarjetas de crédito ni en los precios a tarjetahabientes, pero sí en las comisiones cobradas a los comercios. Citando a MasterCard, Transbank indica que la regulación australiana habría producido alzas en el cobro anual por tarjetas, pero no reducciones de precios o incrementos de servicios ofrecidos a los consumidores.

78. Transbank plantea que cualquier regulación debería tener presente las siguientes características comunes a todos los sistemas de pago: (i) debe existir una coordinación operativa y económica entre todos los intervinientes del sistema; (ii) las tasas de intercambio son necesarias, pues actúan como un mecanismo de equilibrio del sistema; y (iii) los sistemas con más de un participante en la emisión se deben regir por la universalidad de aceptación de las tarjetas, regla sin la cual disminuirían en forma considerable las externalidades de red.

79. Transbank sostiene que el funcionamiento del sistema chileno resultaría satisfactorio en términos comparativos: (i) sus costos de operación y desarrollo se habrían tarifado por la vía de autorregulación, de modo que no habría posibilidad de rentas sobrenormales; (ii) los merchant discounts cobrado por Transbank serían decrecientes en el tiempo, tanto en sus máximos como en sus promedios; (iii) al limitarse a remunerar sus costos y traspasar la diferencia a los emisores, Transbank indirectamente incide en la fijación de una tasa de intercambio implícita; (iv) el modelo generaría incentivos a afiliar al mayor número de clientes posible; (v) el modelo de Transbank equipararía la cancha entre emisores grandes y pequeños, y entre comercios grandes y pequeños; (vi) Transbank actuaría como contrapeso frente a las marcas internacionales; y (vii) Transbank aportaría eficiencias en materia de seguridad, continuidad y disponibilidad del sistema.

80. Transbank sostiene que sus estándares en todos los aspectos relevantes para la evaluación de un sistema de pagos serían equivalentes o superiores a los de economías con altos niveles de desarrollo, con altos niveles de bancarización y enormes volúmenes de transacciones. En lo que respecta a la tarificación de sus servicios, Transbank distingue entre los servicios de operación cobrados a emisores, los merchant discounts y otros cobros efectuados a los comercios. En cuanto a los precios de los servicios de operación, indica que su tarificación es realizada a costo económico, a lo Ramsey, a fin de traspasar las economías de escala, de densidad y de red a los demás agentes del mercado.

81. En cuanto a los merchant discounts, Transbank explica que su Plan de Auto-regulación divide a los comercios en categorías y establece tablas de descuento de doble entrada. Transbank añade que para fijar los merchant discounts considera la entidad de los merchant discounts de jurisdicciones que se estiman competitivas, la práctica internacional de las marcas globales de tarjetas de crédito y débito, la disposición al pago de los distintos comercios en atención a su rentabilidad y elasticidad, la situación vigente de cada rubro y su experiencia en la materia. Transbank también señala que ha realizado varias rebajas a los merchant discount a fin de equilibrar adecuadamente la demanda entre los lados adquirente y emisor. Precisa que los merchant discounts se encontrarían en parámetros competitivos si se los compara con las comisiones promedio de otros países, según daría cuenta un estudio independiente de la compañía First Annapolis y los datos contenidos en el Informe Interministerial. Concluye controvirtiendo el análisis de la FNE, según el cual una ineficiencia del mercado chileno es que un número importante de comercios pagaría más que el merchant discount promedio. A juicio de Transbank, ello sería una consecuencia natural de sistemas de pago que reflejan economías de escala.

82. En cuanto a las tasas de intercambio implícitas del sistema chileno, Transbank indica que ellas se encontrarían ajustadas a estándares de mercados competitivos y se habrían mantenido estables en el tiempo, mientras que los ingresos de Transbank por transacción en materia de servicios adquirentes habrían disminuido. También sostiene que la tasa de intercambio implícita no daría lugar a rentas sobrenormales a favor de los bancos emisores, según lo expuesto por el informe de Insight Partner Group. Finalmente, apoyaría una tarificación de las tasas de intercambio de acuerdo con un procedimiento objetivo e independiente.

83. En lo que respecta a las condiciones de contratación, Transbank indica que los emisores pueden contratar de manera desagregada los servicios que estimen adecuados, además de proponer desarrollos industriales. En cuanto a los comercios, indica que éstos pueden contratar de manera libre y desagregada la aceptación de una o más tarjetas. También señala haber desarrollado productos especiales para cubrir las necesidades de rubros específicos, además de estar dispuesta a desarrollar soluciones a requerimiento de sus clientes. Afirma que la estandarización de sus ofertas, no es un defecto, si no que una virtud del sistema.

84. En cuanto a la cobertura de sus servicios, Transbank señala haber desarrollado una estrategia destinada a alcanzar el máximo de cobertura posible, lo que se tradujo en un crecimiento constante en el número de locales afiliados y en la instalación de equipamiento físico en los comercios (POS y Host to Host). Transbank sostiene que las cifras de cobertura utilizadas por la FNE diferirían de la cobertura real, que habría sido informada por Transbank durante la investigación de ese servicio.

Añade que la penetración por puntos de contacto de Chile sería comparable con la de países bastante bancarizados, no muy por debajo de países europeos y por sobre el promedio del mundo y de los países de ingresos medios. Hace presente que en otros países cada red de adquirencia instala su propio POS, de modo que puede haber más de un POS por establecimiento. Ello implicaría que la cifra de número de POS puede reflejar redundancias y no la penetración del sistema.

85. Transbank indica que, a fines del año 2013, contaba con más de 141.000 locales afiliados y un 30% de ellos se encontraría en segmentos medio-bajos. Estima que la penetración en Chile no sería anómala para su nivel de ingreso, señalando que existen limitaciones objetivas a una mayor penetración, como la reticencia de los comercios pequeños a afiliarse, aun sin costos de arriendo de POS; la desigual distribución del ingreso, y la fuerte segregación geográfica. Explica que implementó un proyecto de terminalización destinado incentivar la bancarización e instalar POS en ciertos comercios, con una tasa de adhesión real cercana al 5%.

86. Sobre la innovación de productos y servicios, Transbank señala que los niveles de innovación serían mayores a los que presentan sistemas de cuatro partes con varios adquirentes. Dentro de las innovaciones presentes en el mercado chileno Transbank destaca: (i) el impulso a la utilización masiva de tarjetas de débito como medio de pago (Redcompra); (ii) el desarrollo de aplicaciones para Internet (Web-pay); (iii) el desarrollo de nuevas modalidades comerciales (N cuotas sin interés, tres cuotas sin interés y otros desarrollos industriales); (iv) la implementación del PinPass o clave secreta; y (v) las tecnologías Contacless y Chip EMV.

87. En lo que respecta a materias de seguridad de los medios de pago, Chile presentaría menos de un tercio del riesgo promedio que se presenta a nivel mundial, por debajo de otras economías y, especialmente, de Latinoamérica. Transbank destacaría por la estabilidad y la continuidad del sistema y por la calidad de sus servicios.

88. En materia de interconexiones, Transbank señala haber estado permanentemente dispuesta a interconectar sus redes con las de otros adquirentes (como Multicaja), pero se habría visto impedida por interpretaciones restrictivas de la SBIF respecto al alcance de la letra a) del artículo 74 de la LGB, aplicable a las SAGB.

89. A juicio de Transbank, la falta de desarrollo de otros adquirentes en el mercado no se debería a acciones exclusorias de su parte –pues ha tenido la actitud de otorgar interconexión a quien se lo solicite y se ha manifestado a favor de la medida de interconexión del Boletín N° 9.201-03–, sino de otros factores como: (i) la ausencia de ofertas adquirentes que ofrezcan mejores condiciones que Transbank en términos de tarifas, calidad de servicio, disponibilidad, seguridad y cobertura; (ii) que cualquier actor que logre cumplir con los estándares que imponen las marcas internacionales puede obtener de ellas una licencia adquirente y desarrollar la función de adquirencia, sin que intervengan en dicha decisión los bancos emisores; (iii) la materialización de una actividad de adquirencia independiente se complejizaría fuertemente en ausencia de tasas de intercambio explícitas, generando mayor incertidumbre, costos de transacción y la aplicación subsidiaria de las tasas de intercambio de las marcas internacionales, que serían más altas. Así, se manifiesta a favor de un proceso objetivo y técnico para la fijación de tasas de intercambio explícitas; y (iv) que la Subsecretaría de Telecomunicaciones no habría dictado las condicio-

nes técnicas generales para los equipamientos y programas computacionales de autorización y captura de transacciones con tarjetas, según la recomendación de la Sentencia N° 29/2005.

90. A juicio de Transbank, la regulación del sistema de medios de pago electrónicos debería basarse en criterios de proporcionalidad y ser efectiva desde una perspectiva de costos-beneficios. Ello implicaría determinar si existen fallas de mercado que deban ser corregidas, cuál sería el método más apropiado para corregirlas y considerar los costos y beneficios de la regulación propuesta. Para Transbank, la información disponible respecto de la industria de la adquirencia desvirtuaría la existencia de fallas de mercado y los riesgos anticompetitivos serían mitigados mediante la adopción de diversas medidas de resguardo.

91. Transbank se manifiesta a favor de las siguientes medidas: (i) obligación de interconexión entre redes; (ii) obligación de los adquirentes de prestar servicios de operación de forma desagregada y con prohibición de discriminar arbitrariamente; (iii) fijación y revisión periódica de tasas de intercambio explícitas; y (iv) tarificación a costo económico de los servicios de operación provistos por Transbank, en tanto dicha compañía mantenga una posición dominante.

92. Finalmente, Transbank estima que la adopción de medidas de desintegración vertical forzosa, como la propuesta por la FNE, están basadas en fundamentos errados y además sería desproporcionada e ineficaz. En primer lugar, sostiene que este tipo de medidas sería inconsistente, pues plantear más competencia en las actividades adquirentes no redundaría en una baja significativa de los merchant discounts, pues aquellas representarían menos de un 20% de éstos. En segundo lugar, indica que sus servicios adquirentes se tarifican a costo económico, de modo que una medida de desintegración forzosa dispararía las economías de escala y de densidad que actualmente se traspasarían a los comercios y emisores. En tercer lugar, añade que la herramienta idónea para reducir eventuales rentas recaudadas a través de los merchant discounts sería la correcta e independiente determinación de tasas de intercambio explícita. En cuarto lugar, sostiene que, debido a las reglas de universalidad de aceptación de las tarjetas con marca internacional, emisores con un porcentaje de transacciones menor al 30% podrían concentrar altos porcentajes de participación en la adquirencia, de modo que no se garantizaría la competencia paralela entre varios emisores. Finalmente, señala que, a nivel comparado, la desintegración vertical forzosa sería una medida excepcional y sujeta a requisitos estrictos.

93. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 529, el Banco de Crédito e Inversiones ("BCI") aportó antecedentes, indicando haber considerado otras opciones para las funciones de afiliación y procesamiento de tarjetas de crédito y débito, sin que hasta ahora existan alternativas más baratas que Transbank. Añade que es un banco de capitales nacionales, con una participación de mercado inferior al 15% y que no se beneficiaría de las economías de escala que lograrían otros bancos de la plaza.

94. BCI sostiene que no existirían barreras legales a la entrada a los negocios de afiliación y procesamiento de tarjetas. La emisión de tarjetas de crédito y operación de tarjetas, si bien se encuentran reguladas por la LGB y el CNF del Banco Central, no son actividades reservadas al giro bancario y pueden ser explotadas por terceros. Por otra parte, los requerimientos de capital mínimo exigidos a los operadores

serían razonables y relativamente bajos atendido el tamaño del mercado. En relación con este punto, BCI sostiene que el Banco Central, en su aporte de antecedentes en el proceso rol NC N° 418-13, sostuvo que no existirían barreras de entrada al negocio de operación y procesamiento de tarjetas y que tampoco compartía el diagnóstico efectuado por la Fiscalía respecto de la cobertura de la red de tarjetas en Chile.

95. Por otra parte, BCI señala que Transbank no tendría el monopolio de la adquisición en Chile, pues existirían otras redes de adquisición tales como CMR Fala-bella, Ripley y Multicaja, además de otras en desarrollo. BCI también sostiene que existiría competencia en otros servicios provistos por Transbank, como ocurriría con la autenticación y verificación de claves secretas que realizan Ripley y Consorcio.

96. En lo que respecta a las tarifas de Transbank, BCI indica que ellas serían altamente competitivas, incluso a nivel de mercados desarrollados como Estados Unidos y Europa. Añade que en la Sentencia N° 29/2005 de este Tribunal se habría absuelto a Transbank respecto al cobro de tarifas abusivas y que las tarifas actuales serían sustancialmente más bajas que las juzgadas en esa oportunidad.

97. A juicio de BCI, Transbank logra economías de escala y de gestión en el rol afiliador y de procesamiento que no serían alcanzables para BCI por sí mismo, ni asociado con algunos bancos. BCI señala que lograr una cobertura nacional con la capilaridad en comercios y rubros comparable a Transbank implicaría costos muy superiores a los de la explotación de la actual red. A esto se agrega que los desarrollos tecnológicos no permitirían una alternativa más barata y segura que la ofrecida hasta la fecha. Explica que ningún tercero habría incursionado en el negocio de afiliación debido a que la rentabilidad esperada sería baja y los costos significativos.

98. Desde la perspectiva de BCI, la afiliación y la operación por intermedio de Transbank sería la mejor alternativa disponible, pues garantizaría los merchant discounts más bajos, la cobertura y capilaridad más amplia y los costos más bajos para el banco y sus clientes. Ratificaría lo anterior que grandes emisores de tarjetas, nacionales e internacionales, habrían optado por afiliarse y procesar a través de Transbank y no por medio de sus propias fuerzas de venta, políticas comerciales y procesamiento de transacciones (Citibank, BBVA, Santander y Walmart). BCI estima que la cobertura, penetración, robustez y seguridad de la red de Transbank beneficiaría a los comercios, indicando que cámaras de comercio regionales se habrían manifestado satisfechas con la estructura de comisiones y funcionamiento de la red. Añade que, en su conocimiento, no existirían reclamos en contra de la calidad ni de la cobertura de la red de Transbank.

99. BCI también señala que sus políticas comerciales para tarjetas de crédito y débito (comisiones de apertura y mantención, programas de recompensa, campañas de promoción) las fija libre e individualmente, sin que Transbank u otros bancos tengan injerencia en la materia.

100. BCI estima que no se justificaría dejar sin efecto las actuales condiciones y estructura de funcionamiento de Transbank S.A. Añade que sería desastroso crear un procedimiento de fijación de tarifas de intercambio entre redes de afiliación distintas, pues ello podría incidir en tasas de intercambio más altas, merchant discounts más altos y, eventualmente, una reducción de la cobertura de la red.

101. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 542, Scotiabank Chile S.A. ("Scotiabank") aportó antecedentes, indicando ser un actor menor en el mercado de los servicios bancarios y financieros, con una baja participación en la industria de las tarjetas de crédito y débito y una participación minoritaria en Transbank. Finalmente, después de explicar los distintos actores que intervienen en la industria de pagos con tarjetas de débito y crédito, Scotiabank señala que se trata de un mercado de dos lados y que presenta efectos de redes o externalidades de redes.

102. Scotiabank sostiene que no existirían antecedentes que justifiquen restringir o limitar la actuación conjunta de bancos e instituciones financieras en los servicios de adquirencia. La actuación conjunta de los bancos por medio de Transbank no sería anticompetitiva, por el contrario, habría permitido alcanzar eficiencias en el mercado que se habrían traspasado a consumidores. En consecuencia, una intervención regulatoria que limite la actuación conjunta de los bancos tendría por efectos disminuir el bienestar de los consumidores y beneficiaría a los bancos de mayor tamaño en desmedro de los bancos más pequeños.

103. Expresa que la industria de servicios de pago mediante tarjetas de crédito y débito se caracterizaría por ser una industria de redes, en la que se generan efectos de redes, directos e indirectos. Como consecuencia de ellas, Scotiabank sostiene que Transbank y los bancos integrados verticalmente a ella no tendrían incentivos para mantener una cobertura reducida u ofrecer tarifas elevadas, pues dichas estrategias podrían no ser rentables. Por el contrario, la estructura del mercado incentivaría a extender la red y mantener una amplia cobertura, incluso en ausencia de mayores competidores en el rol de adquirencia. Scotiabank sostiene que Chile presentaría prácticamente el mismo nivel de cobertura que los demás países con equivalente nivel de ingreso.

104. Por otra parte, Scotiabank indica que la estructura del mercado incentivaría a ofrecer tarifas bajas, y con ello a la participación en la red. Imponer tarifas elevadas no sería una estrategia rentable, pues reduciría la participación de tarjetahabientes y comercios, reduciendo el valor de la red. En ese sentido, Scotiabank señala que el monto de los merchant discounts cobrados por Transbank a los comercios se habría reducido sustancial y constantemente desde el año 2005 a la fecha, tanto para tarjetas de crédito como de débito. Esto estaría refrendado por el Informe Interministerial.

105. Scotiabank critica que la FNE se haya preocupado por la existencia de una tasa de intercambio implícita y la mayor incidencia que ésta tendría en el merchant discount cobrado. A juicio de Scotiabank, en la industria nacional no se cobrarían tasas de intercambio y la Fiscalía desconocería que la estructura del mercado generaría incentivos para mantener tarifas bajas.

106. Scotiabank añade que la fijación de una tasa de intercambio socialmente óptima es una tarea compleja, pues cada uno de los lados del sistema de pagos tendría intereses disímiles: mientras los comercios se verían beneficiados por tasas de intercambio bajas, los tarjetahabiente se verían afectados por un aumento en sus tarifas. Ello implicaría que incluso un emisor o un adquirente monopólico no se beneficiaría con una tasa de intercambio muy alta o muy baja. Altas tasas de intercambio reducirían el interés de los comercios de participar en la red y, en todo caso, se traspasarían total o parcialmente a los tarjetahabientes. A juicio de Scotia-

bank, si efectivamente existiera una tasa de intercambio en Chile, ella presentaría niveles adecuados y consistentes con la industria y sería más baja que las tasas en países que presentan mayores economías de escala. Finalmente, Scotiabank indica que Transbank operaría con estándares de seguridad comparables con los países desarrollados.

107. Según el parecer de Scotiabank, el rápido avance de la tecnología habría reducido los costos de entrada a los roles adquirente y operador, a la vez que no existirían barreras de entrada legales al mercado de la adquirencia. Así, la red operada por Transbank habría dejado de tener las características de una instalación esencial, de modo que se encontraría disciplinado por la competencia potencial y habrían desaparecido los supuestos que justificarían obligar a Transbank a proveer acceso a su red a sus competidores.

108. En lo que respecta a la integración vertical entre adquirencia y emisión, Scotiabank aduce que ella se justificaría pues evitaría la doble marginalización y eliminaría la asimetría de información, lo que permitiría alcanzar una mejor coordinación y reducir los costos de transacción. Esos beneficios se habrían traducido en una intensa competencia en la emisión de tarjetas entre un número elevado de emisores, causando una oferta amplia y con tarifas reducidas. Ese fenómeno habría sido reconocido por este Tribunal en la Sentencia N° 29/2005 y por el Informe Interministerial.

109. En lo que respecta a los riesgos de conductas coordinadas, Scotiabank indica que los temores de la Fiscalía constituirían una especulación injustificada. Para que existieran riesgos reales de colusión sería indispensable que las características del mercado permitan a los miembros de un potencial cartel superar problemas de coordinación y ejecución, facilitando la selección de la estrategia colusoria, la coordinación y monitoreo de la misma y la detección y sanción de posibles desvíos. Ello implicaría, según Scotiabank, que los riesgos de colusión surgirían en mercados altamente concentrados en los que se ofrezcan productos homogéneos. Por el contrario, los servicios bancarios y la emisión de tarjetas de crédito y débito se caracterizarían por presentar un elevado número de oferentes que ofrecerían productos heterogéneos. Adicionalmente, los bancos y las instituciones financieras serían agentes asimétricos y heterogéneos, lo que dificultaría una coordinación entre ellas.

110. Scotiabank indica que su participación en Transbank le habría permitido alcanzar eficiencias en el rol adquirente que de otro modo no habría podido alcanzar. Así, esta participación sería indispensable para competir con éxito en la emisión de tarjetas de crédito y débito, en directo beneficio de sus clientes. Transbank permitiría a Scotiabank ofrecer productos y servicios financieros y tomar parte en acciones de marketing en igualdad de condiciones respecto de otras entidades bancarias de mayor tamaño.

111. En lo que respecta a la solicitud de restringir la actuación conjunta de bancos e instituciones financieras en el rol adquirente, Scotiabank indica que los efectos de dicha medida resultarían inciertos e imposibles de prever. Sin embargo, sostiene que, probablemente, dicha medida beneficiaría a los bancos con mayor participación de mercado, en desmedro de aquellos con participaciones menores, reduciendo así la competitividad del mercado. Lo anterior, por las siguientes razones: (i) la desagregación de la participación de los bancos en el rol adquirente potenciaría

la asimetría de las participaciones de mercados; (ii) los líderes de mercados serían los que más se beneficiarían con las economías de escala; y (iii) los servicios bancarios, al igual que la industria de tarjetas de débito y crédito, presentarían efectos de redes, de manera que los consumidores y usuarios finales del sistema tendrían incentivos a participar en bancos más grandes.

112. Finalmente, Scotiabank solicita a este Tribunal tener presente, para el evento que se adopte una recomendación normativa respecto de los servicios asociados al pago con tarjetas, las siguientes consideraciones: (i) que los mercados de dos lados no deben ser analizados usando como punto de comparación el modelo de equilibrio perfectamente competitivos; y (ii) que deben concurrir ciertos presupuestos para que resulte pertinente y adecuado una intervención regulatoria, tales como la aptitud para resolver los problemas de competencia y la predictibilidad de los efectos de la intervención.

113. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 577, Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A. ("Nexus") aportó antecedentes, identificándose como una SAGB que presta soporte operacional y tecnológico al negocio de tarjetas de crédito. Explica que la operación del sistema de tarjetas de crédito requeriría de la ejecución de varios procesos informáticos que involucran el ejercicio de distintos roles.

114. En el caso de la operación del rol adquirente, Nexus la define esencialmente por la responsabilidad de pago que contrae el adquirente con el comercio en el que se efectúa la compra de bienes o la prestación de servicios. Además, el rol adquirente requiere una serie de procesos informáticos, tales como la captura y registro de transacciones y la verificación de la habilitación del establecimiento de comercio. A dichos proceso se suma la instalación de un terminal electrónico (Point of Sale o "POS"), provisto por el adquirente o por terceros, y que permite que la información de la transacción sea transmitida al autorizador (Switch).

115. Por otra parte, Nexus señala que resulta frecuente que los emisores subcontraten a terceros los servicios necesarios para el desarrollo de las actividades propias del rol emisor. En particular, Nexus precisa que sus servicios pueden dividirse en básicos -ligados a la operación de tarjetas de crédito, de manera general- y especiales -si son servicios personalizados conforme a requerimientos particulares. Los servicios básicos comprenderían el procesamiento, las autorizaciones, la prevención de fraudes, la implementación de un modelo operativo online y el grabado o embozado de tarjetas; los servicios especiales, por su parte, comprenderían el servicio de estado de cuenta, la administración de los programas de fidelización, el outsourcing de procesos de back office e infraestructura del emisor, ciertas herramientas de marketing, el call center de servicios y servicios de delivery. Para algunos de esos servicios Nexus señala quiénes serían sus principales competidores nacionales e internacionales. Nexus también explica que algunos emisores han desarrollado internamente los servicios ligados al procesamiento, sin contratar a Nexus o a otros proveedores.

116. Nexus indica que presta sus servicios a veinticuatro emisores de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, precisando que los servicios prestados en cada caso no abarcan la integridad de las actividades necesarias para el desarrollo del rol emisor, pues cada cliente puede contratar servicios desagregadamente. En todo caso, los servicios prestados por Nexus no la convierten en operadora del rol emi-

sor, pues los emisores mantendrían el control de las decisiones relevantes en cuanto a la operación de las tarjetas y a los clientes.

117. Nexus sostiene que, junto con dar cumplimiento a la regulación propia de las SAGB y a los operadores de tarjetas de crédito, se ha impuesto una serie de autorregulaciones, entre las que se destaca la fijación tarifaria bajo criterios generales, objetivos y no discriminatorios. También hace referencia al cumplimiento de estándares de seguridad orientados a la prevención de fraudes y la implementación de un esquema de operación, que permitiría alta disponibilidad y calidad de servicios.

118. Nexus señala que en los últimos diez años obtuvo de la SBIF autorizaciones para prestar sus servicios a emisores de tarjetas de crédito no bancarios, al amparo de la Circular N° 3.209 de la SBIF, de diciembre de 2002. Sin embargo, la SBIF habría variado su interpretación mediante la Circular N° 3.539, de 21 de agosto de 2012, que modificó el Título III del Capítulo 11-6 de la RAN. Bajo esa nueva interpretación, las SAGB autorizadas de conformidad con la letra a) del artículo 74 de la LGB sólo podrían prestar sus servicios a bancos, filiales y otras SAGB. Como consecuencia de lo anterior, Nexus se encontraría impedida de prestar servicios a nuevos emisores que no tengan la calidad de entidades bancarias, incluso si se trata de emisores que cuenten con la autorización del Banco Central e inscritos en el Registro de Emisores de la SBIF.

119. A juicio de Nexus, la restricción regulatoria impuesta por la SBIF limitaría arbitrariamente su capacidad de competir en los mercados en los que presta servicios y afectaría negativamente la competitividad de las tarjetas no bancarias. Según Nexus, el proceder de la SBIF no se avendría a lo recomendado por este Tribunal en la Sentencia N° 29/2005 ni a lo recomendado por su guía dirigida a los órganos públicos. Se trataría, según Nexus, de una discriminación regulatoria que afectaría el desempeño competitivo de un grupo de agentes económicos en beneficio de otro. Por lo anterior, solicita a este Tribunal recomendar a la SBIF una revisión de las restricciones impuestas en la Circular N° 3.539, a la luz de la normativa de competencia.

120. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 723, Multicaja S.A. ("Multicaja") aportó antecedentes, indicando ser una sociedad anónima cerrada cuyo objeto principal consiste en el desarrollo de sistemas de información y procesamiento de datos para la materialización de transacciones en línea. Dos de sus filiales, Multicaja S.A. e Iswitch S.A., tendrían como giro la operación de tarjetas de crédito y débito.

121. Multicaja sostiene que, en Chile, los servicios de operación y adquirencia en todos los segmentos del mercado de transacciones con tarjetas bancarias de crédito y débito son provistos únicamente por la red transaccional de Transbank, SAGB que además es la única entidad en Chile certificada por las marcas internacionales de tarjetas (Visa, MasterCard, AMEX). Sin embargo, existirían otras redes con capacidad técnica y económica para prestar servicios de adquirencia y operación, estando algunas de ellas autorizadas por el Banco Central y bajo la fiscalización de la SBIF. Explica que sería deseable el ingreso de redes alternativas, pues ello permitiría incrementar la innovación tecnológica y aumentar la bancarización y la penetración de los medios de pago electrónicos.

122. Multicaja explica que las marcas internacionales de tarjetas serían actores muy relevantes en el mercado de las operaciones con tarjetas de crédito y débi-

to. En efecto, establecen una serie de reglas, dentro de las cuales destaca la regla Honor all cards u honrar todas las tarjetas. Dicha regla consiste en que los comerciantes que acepten una tarjeta emitida por un emisor están obligados a aceptar todas las tarjetas pertenecientes a esa marca o que tienen la misma bandera. Añade que, en Chile, todas las tarjetas de crédito y débito bancarias –con excepción de las tarjetas de débito asociadas a la CuentaRut del Banco Estado y a la cuenta vista de Banco CrediChile– y una proporción creciente de las casas comerciales del retail tendrían alguna bandera asociada a las marcas internacionales.

123. A continuación, Multicaja se refiere a los dos grandes modelos de negocios para la administración de pagos con tarjetas: los modelos de tres y de cuatro partes. Respecto de este último, se refiere a la existencia de tasas de intercambio o interchange fees como una forma mediante la cual el adquirente remunera al emisor, indicando además que dichas tasas usualmente son fijadas semestralmente por las marcas de tarjetas o por reguladores. El modelo chileno se caracterizaría por privilegiar la competencia en la emisión, manteniendo un solo actor tanto en la adquirencia como en el procesamiento de transacciones. Ello implicaría que el modelo chileno no operaría como uno tradicional de cuatro partes con una tasa de intercambio explícita, pero existiría una tasa implícita consistente en el dinero que reciben los emisores desde Transbank, menos el pago por transacción efectuados por éstos hacia Transbank, dividido por el número de transacciones procesadas. Según Multicaja, esas tasas de intercambio implícitas serían elevadas en comparación con otros países, lo que reflejaría altos pagos al emisor desde el negocio de la adquirencia.

124. Multicaja también sostiene que las marcas internacionales sólo entregarían en Chile licencias conjuntas de emisión y adquirencia (regla de no adquirencia sin emisión, no acquiring without issuing o NAWI), pese a que la regulación nacional no exigiría tener ambas licencias. A su juicio, la regla NAWI es una política comercial que las mismas marcas internacionales habrían eliminado en otros países para promover la competencia en el lado adquirente.

125. A continuación, Multicaja realiza una comparación entre los mercados de adquirencia y operación en Chile y en otros países. En primer término, indica que, en el mundo, normalmente existirían varios adquirentes por país. En segundo lugar, sería posible apreciar la existencia de diversos adquirentes con un tamaño menor al de la red chilena. Finalmente, indica que, en países con poblaciones menores o similares a Chile, se habría producido la entrada de adquirentes recientemente.

126. Luego Multicaja se refiere a medidas que habrían sido implementadas a nivel comparado con el objeto de promover la competencia en la adquirencia y la operación de tarjetas. En primer lugar, señala que Visa Europa decidió eliminar la regla NAWI en 2005, siendo seguida por MasterCard. Sostiene que uno de los problemas de competencia discutidos con mayor profundidad en otras jurisdicciones sería la integración vertical entre emisores, operadores y adquirentes.

127. Multicaja se refiere a la experiencia de los Estados Unidos, en donde la regulación distinguiría claramente los roles de adquirentes, procesadores y red de pagos con tarjetas. Señala que en dicho país existirían dos modelos de organización: de tres (American Express y Discover) y cuatro partes (Visa y MasterCard). En los modelos de cuatro partes, en todo caso, la red transaccional actuaría como quin-

ta parte involucrada en la transacción. Multicaja también explica el enrutamiento electrónico de las transacciones en modelos de cuatro partes y las distintas comisiones involucradas en este proceso: (i) la tasa de intercambio establecida por la red y pagada por el adquirente al emisor; (ii) las tasas de conmutación o switch fees cobradas por la red a los adquirentes y emisores; y (iii) el merchant discount, cobrado por el adquirente al comercio como un descuento al valor nominal de la transacción. Finalmente, se refiere a la existencia de tarjetas de crédito, de débito con firma y de débito con PIN (personal identification number o número personal de identificación), así como redes de autenticación con firma y con PIN.

128. A continuación, Multicaja se refiere a la regulación de la competencia entre redes transaccionales mediante Dodd-Frank Act (2010), que reformó la Electronic Funds Transfer Act (1978). Multicaja destaca las siguientes disposiciones: (i) el Consejo de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal puede dictar regulaciones que impidan a emisores o redes de pagos restringir el número de redes de pago de tarjetas sobre las cuales puede procesarse una transacción electrónica de débito, lo que se ha traducido en que un emisor debe habilitar a lo menos dos redes de tarjeta de pago en cada tarjeta de débito; (ii) el Consejo de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal también puede dictar regulaciones que prohíban prácticas que restrinjan el enrutamiento de transacciones electrónicas de débito entre las distintas redes que pueden procesar esas transacciones; (iii) las tasas de intercambio que un emisor recibe o cobra con respecto a una transacción de débito electrónico debe ser razonable y proporcional al costo incurrido por el emisor respecto a la transacción; y (iv) el Consejo de Gobernadores del Sistema de Reserva Federal tiene la obligación de establecer estándares para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las tasas de intercambio. Según Multicaja, la reforma buscaba dar a los comercios la posibilidad de optar entre diversas redes.

129. Multicaja a su vez describe el caso de Portugal, indicando que se trata de una economía de tamaño similar a la chilena. Señala que hasta el año 2005 existía una única entidad que cumplía el rol adquirente (UNICRE), de propiedad de 13 bancos. En la actualidad existiría competencia en la adquirencia entre cuatro actores (CGD, CCAM, BIC y UNICRE) para tarjetas con marcas internacionales, además de adquirencia realizada directamente por los bancos para la marca de tarjeta doméstica MB.

130. Multicaja aborda el caso brasileiro, indicando que hasta hace pocos años existían esquemas de cuatro partes con exclusividad a nivel de marca en la adquirencia (Visa, MasterCard y Cheque-Electrónico) y esquemas de tres partes (American Express, Hipercard y Dinners). Multicaja hace referencia a dos informes elaborados por el Banco Central de Brasil, en los años 2006 y 2010. También señala un procedimiento seguido por el Consejo Administrativo de Defensa Económica en contra de Visa y VisaNet por cláusulas de exclusividad que terminó con un acuerdo que puso fin a tales cláusulas. En paralelo, MasterCard también comenzó a conceder licencias a nuevos adquirentes. Como resultados de dichas iniciativas, habría aumentado la competencia en la adquirencia y se habrían reducido los cobros por merchant discount y por arriendo de terminales o POS. Por último, en el año 2013, el Banco Central de Brasil habría terminado con la autorregulación de la industria, dictando un nuevo marco regulatorio que buscaría promover la inclusión financiera, la competencia, la innovación, la fiabilidad del sistema y la interoperabilidad de las redes de pago.

131. Finalmente, Multicaja cita el caso de Holanda, en donde la autoridad de competencia investigó a Interpay Nederland BV, un holding de propiedad de ocho bancos que, por intermedio de una filial, era el único proveedor de servicios de red para transacciones con tarjetas de débito. La autoridad sancionó a los bancos en atención a que la decisión de ofrecer los servicios sólo a través de Interpay constituía una restricción de la competencia que no era indispensable para el mantenimiento y explotación de la red. También sancionó a Interpay por cobro de precios excesivos.

132. Respecto a las recomendaciones formuladas en el Informe Interministerial, Multicaja estima que dicho informe revelaría que en Chile no habrían alternativas al único operador y afiliador, que existiría una brecha en la cobertura de las redes de pago respecto del nivel de ingreso país, y que Transbank tendría limitaciones para ofrecer directamente a los comercios afiliados otros servicios. El mismo informe revelaría que todo nuevo entrante se enfrentaría a la dificultad de competir con un único incumbente de propiedad de los emisores y en donde el merchant discount es traspasado íntegramente a ellos. Según el informe una mayor competencia en el mercado podría darse en distintos niveles, tales como entre redes de adquirencia o dentro de una misma red en la que se compita sólo por algunos servicios. En efecto, ya existirían actores con redes instaladas que operarían tarjetas. Adicionalmente, los eventuales nuevos competidores podrían ofrecer, a través de los POS, servicios no relacionados al giro bancario, lo que permitiría afiliar comercios en los cuales el nivel de ventas no alcanzaría a rentabilizar el sistema de tarjetas bancarias. Por último, Multicaja señala que, según el informe, la afiliación, la emisión y la operación serían actividades de naturaleza diferente, pudiendo esperarse distintos niveles de competencia en ellas.

133. Multicaja se refiere a dos propuestas de reforma y a una reforma reciente al marco regulatorio vigente en Chile. En lo que respecta a los proyectos de leyes tramitados bajo los boletines N° 9.201-03 y 9197-03, Multicaja señala que ellos se basarían en el supuesto erróneo, que, en Chile, la función de procesamiento constituiría una facilidad esencial. Agrega que dichos proyectos no promueven una competencia entre distintos agentes bajo un modelo de cuatro partes. En lo que respecta a las reformas implementadas por el Banco central al capítulo III.J.1. del CNF, Multicaja señala que no se estableció ninguna disposición que corrija la falta de competencia que existiría en los mercados de adquirencia y operación de tarjetas.

134. Finalmente, Multicaja propone las siguientes modificaciones normativas: (i) distinguir claramente la adquirencia de la operación o procesamiento de tarjetas, incorporando dentro de los sujetos regulados por el Banco Central a las empresas cuyo giro consista en la adquirencia y/o licenciamiento de tarjetas de crédito y débito; (ii) incorporar dentro de los sujetos fiscalizados por la SBIF a las empresas cuyo giro consista en la adquirencia y/o licenciamiento de tarjetas de crédito y débito; (iii) otorgar al Banco Central la atribución de fijar tasas de intercambio, previo informe de una comisión de expertos y de la SBIF, basándose en un proceso participativo que permita la intervención de todos los actores del mercado y en criterios públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios; (iv) establecer que las empresas de licenciamiento o marcas internacionales deberán tener procedimientos y condiciones de otorgamiento de licencias de adquirencia y de registro y/o certificación de procesadores de tarjetas u otros proveedores de

servicios que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios; (v) prohibir a las marcas internacionales condicionar el otorgamiento de licencias de adquirencia a que la empresa a licenciar tenga la calidad de entidad bancaria o al otorgamiento conjunto de licencia de emisión; (vi) los operadores y adquirentes de tarjetas de crédito y/o débito deberán (a) establecer condiciones y requisitos públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios para prestar sus servicios a emisores de dichas tarjetas y a otros adquirentes u operadores; y (b) prestar dichos servicios a todo emisor, adquirente u operador que cumpla con tales condiciones y requisitos; (vii) los adquirentes de tarjetas de crédito y/o débito que se encuentren relacionados con un operador de tarjetas de crédito y/o débito o los adquirentes de tarjetas de crédito y/o débito que realicen pagos anuales a comercios no relacionados iguales o superiores a UF 1.000.000 deberán contar con procedimientos y condiciones de contratación de operadores que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios; (viii) los emisores de tarjetas de crédito y/o débito, deberán contar con procedimientos y condiciones de contratación de operadores y adquirentes de dichas tarjetas que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios; y (ix) otorgar al Banco Central y a la SBIF la función de promover la inclusión financiera de las personas, la modernización e innovación del sistema de pagos y la adecuada participación de todos los actores intervinientes en el mercado de tarjetas de crédito y débito.

135. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 775, el Banco de Chile aportó antecedentes, indicando que la solicitud presentada por la FNE en el proceso NC N° 418-13 adolecería de un error basal que invalidaría sus conclusiones y propuestas. Este error consistiría en desconocer la naturaleza de mercado de dos lados de la plataforma de pagos con tarjetas de aceptación universal. La Fiscalía no habría considerado dicha característica, al analizar los precios y los costos del sistema, sus beneficios, su cobertura y su innovación únicamente desde la perspectiva del lado adquirente, desconociendo la interrelación con el lado emisor. El Banco de Chile sostiene que la existencia de un mayor número de agentes en el desarrollo del rol adquirente no necesariamente importará una baja del merchant discount, pues ello dependería de otros factores tales como la elasticidad precio de la demanda relativa entre tarjetahabientes y comercios y la fórmula de fijación de precios de las tasas de intercambio. Adicionalmente, indica que una rebaja en los merchant discount no necesariamente significará una mejora en el sistema de pagos con tarjetas, debiendo analizarse cuál sería el merchant discount óptimo para el correcto balance entre ambos lados de la plataforma de pagos.

136. Según el Banco de Chile, la FNE abultaría artificialmente los beneficios netos de los emisores obtenidos en la adquirencia, lo que implicaría ignorar que los ingresos percibidos en uno de los lados de una plataforma de dos lados pueden ser utilizados incluso para solventar los costos del otro lado.

137. En segundo término, la Fiscalía erraría al calcular los beneficios de los emisores recurriendo al concepto de tasas de intercambio implícitas, resultante de restar de los merchant discount que cada emisor recibe íntegramente de Transbank la remuneración pagada a ésta por los servicios de operación, dividiendo luego el resultado por el monto total de transacciones del emisor respectivo. A juicio de Banco de Chile, no sería posible sostener que los ingresos del lado emisor han aumentado o son excesivos por el solo hecho de aumentar las tasas de intercambio,

138. En tercer término, el Banco de Chile sostiene que la FNE desconocería la intensa competencia que existiría en el lado emisor. Dicha competencia se habría traducido en una positiva evolución de distintas variables competitivas, tales como el número de tarjetas de crédito y débito emitidas, el número de transacciones de compra y pagos efectuados con tarjetas, la disminución de los merchant discount máximos y el aumento del número de comercios afiliados. Luego, el Banco de Chile cita la Sentencia N° 29/2005 de este Tribunal, indicando que una competencia efectiva y vigorosa en la emisión de tarjetas bancarias sería condición suficiente para asegurar que no prevalecieran rentas monopólicas en la industria, en la medida que las transferencias entre Transbank y los emisores se realicen en función de las transacciones realizadas.

139. En cuarto término, el Banco de Chile cuestiona las conclusiones de la Fiscalía respecto de la cobertura de la plataforma de pagos con tarjetas, por las siguientes razones: (i) no sería correcto formular observaciones respecto de la cobertura en uno de los lados del mercado (comercios) sin considerar la interrelación con la cobertura del otro lado (tarjetahabientes); (ii) el indicador de cobertura utilizado arrojaría una diferencia irrelevante con el promedio del grupo de países al que pertenece Chile; (iii) la cobertura de Transbank habría aumentado significativamente en los últimos seis años; (iv) el indicador de POS por número de habitantes no sería necesariamente representativo del nivel de cobertura de un sistema de pagos, debido a que puede existir duplicidad de POS en un mismo comercio; y (v) los estudios del Banco Central revelarían que lo afirmado por la FNE también sería incorrecto empíricamente.

140. En quinto término, la FNE subvaloraría los avances en innovación de la plataforma de pagos con tarjetas de crédito y débito, que se verían reflejados en altos índices de seguridad, comparables con los países desarrollados. También indica que la innovación se reflejaría en el lado emisor en distintos planes de tarjetas con diversos beneficios para los tarjetahabientes.

141. En sexto término, el Banco de Chile sostiene que sería improcedente jurídicamente alegar que las rentas de los emisores provenientes de Transbank serían supracompetitivas, ya que los merchant discounts cobrados estarían por debajo de los límites impuestos a Transbank por el plan de autorregulación aprobado por este Tribunal.

142. En síntesis, el Banco de Chile estima que toda regulación del sistema de pagos con tarjetas efectuada a partir del informe de la FNE adolecería de imprecisiones. Además señala que, atendidas las características del mercado de plataforma de pagos, los cambios en un lado no siempre redundarían en una mejora considerable para el sistema como un todo. Por eso, indica que sería bastante riesgoso implementar reformas si no se cuenta con información clara respecto de un desempeño sustancialmente subóptimo del mercado.

143. El Banco de Chile cita algunos ejemplos de regulaciones comparadas que habrían producido resultados distintos a los pronosticados, incluso perjudiciales. En Estados Unidos, la Durbin Amendment de 2010 le otorgó distintas facultades al Federal Reserve System, incluyendo la fijación de máximos en las tasas de intercambio, la prohibición a emisores u operadores de redes de limitar el número de redes en las cuales una transacción puede ser efectuada y la prohibición de descuentos

o incentivos al pago con efectivo, cheque, débito o crédito. Como consecuencia de la regulación habrían disminuido las tasas de intercambio, pero habrían aumentado las comisiones y los cargos cobrados a tarjetahabientes.

144. En Australia, en 2001 el Reserve Bank implementó una serie de reformas al sistema de pagos, incluyendo fijar tasas de intercambio en relación a costos, permitir a los comercios diferencias de precios según medios de pago, introducir nuevas instituciones a la emisión y a la adquirencia y fijar un precio límite a cobrar a un entrante que quiera conectarse a una red ya instalada. Como consecuencia de dichas regulaciones, habrían aumentado las comisiones cobradas a los tarjetahabientes y disminuido los merchant discounts cobrados al comercio.

145. En el caso de Brasil, el Banco Central junto con los Ministerios de Hacienda y Justicia promovieron una reforma que instaba a poner término a los contratos de exclusividad con las marcas de tarjetas. Dicha reforma habría permitido aumentar el número de redes, pero no existiría evidencia de cambios significativos en los merchant discounts y en los costos de arriendo de POS.

146. Finalmente, el Banco de Chile cita el caso de Portugal donde, sin mediar regulación alguna, la estructura del mercado varió de un único operador y adquirente integrado con los emisores (Unicre) a tres redes adquirentes (Unicre, Netpay y GCD Netcaixa).

147. El 2 de junio de 2014, según consta a fojas 800, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes, solicitando tener por reproducido lo expuesto en la consulta que dio origen al proceso NC N° 418-13 en relación con la descripción, estructura y características de la industria de los medios de pago.

148. Luego, el 25 de septiembre de 2015, según consta a fojas 1349, la Fiscalía complementó su aporte de antecedentes, señalando que la industria de medios de pagos electrónicos en Chile habría experimentado cambios sustanciales desde la aprobación otorgada a Transbank por la H. Comisión Preventiva Central en 1991. En primer término, la definición amplia de mercado relevante de medios de pago habría quedado obsoleta, pues el uso masivo de tarjetas -reflejado en el número de tarjetas emitidas y el número de comercios afiliados- habría llevado a disminuir la sustituibilidad que presentarían el efectivo, los cheques y las tarjetas cerradas. En ese sentido, la FNE entiende que las tarjetas de crédito y débito justificarían su consideración dentro de un mercado en sí mismo.

149. La Fiscalía plantea que, para los efectos de estos autos, el mercado relevante debería ser definido como el de los servicios de adquirencia a establecimientos comerciales para la aceptación de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. En este sentido, la naturaleza de dos lados del mercado de pagos con tarjetas no obstaría a la consideración de mercados relevantes separados, aunque interdependientes, criterio que sería confirmado por la jurisprudencia comparada.

150. En lo que respecta a las tarjetas de las casas comerciales, la Fiscalía estima que ellas, si bien podrían presentar algún nivel de sustituibilidad, no serían sustitutos perfectos de las tarjetas abiertas, en atención a su menor cobertura; a la imposibilidad de realizar pagos en el extranjero; a la necesidad de utilizar múltiples tarjetas para comprar en distintos comercios; a que existen diferentes mercados objetivos

y a que tienen distintas tasas de interés y requisitos de acceso en comparación con las tarjetas bancarias, etcétera. Añade que las tasas de merchant discount cobradas por las casas comerciales serían sistemática y significativamente menores que las cobradas por Transbank, pero que la adquirencia de las tarjetas de casas comerciales (generalmente realizadas por ellas mismas) no ejercería presión competitiva sobre la adquirencia efectuada por Transbank.

151. Una segunda diferencia con la situación vigente en 1991 sería que Transbank ya no constituiría una instalación esencial. La Fiscalía señala que dicha declaración efectuada en 2005 por este Tribunal ya no tendría asidero. Sostiene que en el mercado de adquirencia es posible distinguir los roles de adquirencia y operación y, dentro de ellos, distintos servicios. Esos roles aparecerían claramente definidos a nivel comparado y permitirían múltiples modelos de negocios, con competencia en cualquiera de las etapas. A juicio de la Fiscalía, las economías de escala que existirían en el rol adquirente y en el rol operador no serían infranqueables, por lo que sería eficiente el ingreso de nuevos competidores al mercado. Sostiene que en los aspectos comerciales del rol adquirente no existirían economías de escala relevantes; mientras que en los aspectos de procesamiento, el crecimiento del mercado y el desarrollo tecnológico harían factible la competencia. Añade que otras empresas habrían expresado su interés en competir (Multicaja y MasterCard), lo que daría cuenta de que las economías de escala no actuarían como una barrera a la entrada. Señala que, según Frankel, el volumen del mercado chileno permitiría tener a varios actores compitiendo sin resultar en pérdidas de eficiencia ni en aumentos en los precios; y que, según Kjos, las economías de escala en la operación serían beneficiosas para el sistema en la medida que se compita. Concluye indicando que la calificación de un servicio como facilidad esencial podría llevar erróneamente a la generación de monopolios inamovibles y protegidos.

152. Luego, la FNE se refiere a los riesgos y efectos en la libre competencia que generaría el monopolio de Transbank. La actuación conjunta de los bancos emisores a través de Transbank les habría permitido asegurarse un determinado nivel de rentas, al no competir por la adquirencia de establecimientos comerciales. A juicio de la Fiscalía, dichas rentas no habrían sido disipadas en el lado de la emisión a través de mayores beneficios, menores tasas de interés o menores comisiones. La FNE sostiene que las rentas se deberían a que, pese a bajar las comisiones a los comercios, los montos transados con tarjetas habrían aumentado exponencialmente, mientras que los costos operacionales por transacción habrían disminuido a lo largo del tiempo. A juicio de la Fiscalía, la tasa de intercambio implícita habría aumentado, de modo que ésta funcionaría como un techo respecto de las disminuciones del merchant discount. Añade la FNE que uno de los componentes del merchant discount sería el margen de 18% con que los bancos remunerarían a Transbank, el que podría disputarse si hubiera mayor competencia en la adquirencia.

153. Por otra parte, la Fiscalía sostiene que no es útil comparar las cifras de merchant discount y tasas de intercambio implícitas en Chile con experiencias comparadas, si se cuenta con evidencia de la existencia de espacio para la competencia en el mercado y de traspaso de las eficiencias a los emisores. Con todo, las cifras chilenas estarían por sobre los promedios de comisiones de países que poseen sistemas eficientes o que han sido intervenidos efectivamente por autoridades de libre competencia (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y México).

154. La FNE también indica que la disipación de las rentas a través del lado emisor habría sido un supuesto subyacente a la aprobación de la actuación conjunta de los bancos a través de Transbank en 1991. Sin embargo, la disipación en el lado emisor habría fluctuado entre un 20% y un 30% de las rentas obtenidas en el lado adquirente, analizando para estos efectos los informes elaborados por los profesores Willington y Paraje y por la consultora Insight Partner Group. En este sentido, la ausencia de una disipación de rentas mayor obedecería a que, en el lado emisor, la competencia sería a lo sumo moderada, pero en ningún caso intensa, en atención a la alta concentración, a los costos de cambio para los tarjetahabientes y a la existencia de barreras de entradas legales, tecnológicas y estratégicas.

155. La FNE sostiene que las tasas de intercambio tendrían por objeto balancear la plataforma de medios de pagos al explotar las externalidades de red para hacer que su lado más inelástico subsidie al que lo es menos, aumentando así el número de participantes y el valor de la plataforma. Sin embargo, ellas se justificarían exclusivamente en un mercado emergente de pocos participantes; mientras que en plataformas maduras que ya contarían con una escala mínima eficiente no debiera ser necesaria la existencia de subsidios cruzados desde un lado de la plataforma al otro. Las tasas de intercambio pasarían a ser un mecanismo para que los bancos extraigan mayores rentas e incentiven el uso de medios de pago menos eficientes. En este sentido, ante la reducción de las tasas de intercambio mediante regulación, los bancos no habrían traspasado íntegramente el efecto de los menores ingresos a los tarjetahabientes, según se desprendería de la experiencia de Estados Unidos y Australia. Finalmente, en algunos países con redes transaccionales maduras, la tasa de intercambio respecto de tarjetas de débito sería cero.

156. La FNE concluye aduciendo que la gran mayoría de los comercios (más del 80%) pagaría tasas de merchant discount superiores al promedio y que, por lo tanto, la tasa promedio no sería reflejo de lo que ocurriría en la realidad. Las altas tasas de intercambio implícitas tendrían como resultado elevados merchant discounts. Éstos, por su parte, representarían costos variables para los comercios que actuarían de manera similar a los impuestos, traspasándose a los consumidores dependiendo de la elasticidad de la oferta y la demanda. Como consecuencia de ello, altos merchant discounts perjudicarían a los consumidores. Finalmente, la Fiscalía afirma que, como consecuencia de las reglas de no sobrecargo impuestas por las marcas y por Transbank, las personas que utilizan otros medios de pago subsidiarían a las personas que pagan con tarjetas.

157. En segundo término, la FNE se refiere a los efectos de la actuación conjunta de los bancos por intermedio de Transbank en la innovación. A su juicio, el mercado chileno de los medios de pago tendría índices bajos de innovación y tecnología, los que se explicarían por los escasos incentivos que tendrían los emisores de tarjetas bancarias para el ingreso de competidores con nuevas tecnologías.

158. Según la Fiscalía, la insuficiente innovación en el mercado chileno se habría traducido en que, de una lista de innovaciones en medios de pagos del Bank for International Settlements, en el 2012, Transbank ofrecía únicamente el servicio de pago de cuentas online por medio del sistema PAT. Chile no tendría, en cambio, servicios de pagos móviles -pese a la alta penetración de la telefonía móvil en el país-, lo que se explicaría porque Transbank no dispondría de las soluciones para realizar ese tipo de transacciones. Tampoco existirían en Chile tarjetas de prepago.

159. La Fiscalía también critica como un aspecto deficiente en innovación la situación de los pagos online, en la que Transbank sería el único prestador de servicios a través de su plataforma Webpay. La falta de competencia en este mercado inhibiría el desarrollo de una industria altamente dinámica en el mundo. Adicionalmente, la FNE cuestiona la innovación respecto de los siguientes servicios: (i) servicios one click o de almacenamiento de datos del tarjetahabiente; (ii) servicios integrados para venta de pasajes aéreos; y (iii) reversas automáticas.

160. La Fiscalía menciona los servicios que podrían prestar potenciales competidores de Transbank (First Data y Multicaja), así como los servicios provistos por las marcas internacionales de tarjetas en otras jurisdicciones. También indica que la política pro competencia tendría un impacto positivo sobre la innovación, mientras que la falta de competencia en la adquirencia, acentuada por la integración vertical entre Transbank y los bancos, produciría un retraso en la implementación de innovaciones. En este sentido, las propuestas de innovación requerirían el acuerdo de los emisores presentes en el Directorio de Transbank, lo que explicaría ciertos retrasos para implementar los servicios contacless y de pagos móviles.

161. La FNE además analiza los efectos de la actuación conjunta en la cobertura de la red, indicando que Chile tendría índices de penetración de la red transaccional más bajos que otros países de similares características. Determinadas comunas, que representan los estratos económicos más altos, serían las que accederían en mayor medida al pago con tarjetas de crédito y débito de aceptación universal.

162. En lo que respecta a la penetración de la red, la Fiscalía utiliza la cantidad de POS por número de habitantes como indicador y como base de datos para la comparación información del Banco Mundial, señalando que sería la única fuente pública y objetiva que entregaría estadísticas comparables. Esos datos relevrían que Chile tendría una cobertura inferior al promedio mundial, significativamente inferior a la de los países de la OECD e incluso menor a países con ingreso per cápita más bajo.

163. En lo que respecta a la dispersión socioeconómica, sostiene que los bancos y Transbank enfocarían el negocio de los medios de pago electrónicos en aquellos sectores donde se ubicarían las personas y comercios que les reportarían mayor utilidad. Así, las tarjetas de crédito de uso universal prácticamente no tendrían presencia en los segmentos socioeconómicos más bajos, mientras que en el caso de las tarjetas de débito la excepción estaría dada por la Cuenta RUT del Banco Estado. En consecuencia, la cobertura de las tarjetas de crédito y débito y la red transaccional sería mayor en aquellas regiones del país con un mayor ingreso per cápita.

164. A juicio de la FNE, los esfuerzos realizados por Transbank para incrementar la penetración se habrían materializado con posterioridad al inicio de su investigación y, en todo caso, el crecimiento de la cobertura en el lado adquirente sería más lento que los avances detectados en el lado emisor.

165. La Fiscalía sostiene que, en un mercado tipo, un monopolio produce menos de lo socialmente óptimo para poder cobrar mayores precios, lo que implicaría una menor cobertura del producto o servicio ofrecido. La aplicación de este concepto a mercados de dos lados habría sido desafiado por algunos economistas quienes indicarían que, dadas las externalidades cruzadas, una mayor competencia no ne-

cesariamente llevaría a mayor cobertura, sino una reestructuración de las tarifas. Sin embargo, la FNE sostiene que esos supuestos se enfocarían en el equilibrio en un mercado donde la plataforma no maximiza beneficios y existe competencia perfecta entre adquirentes y emisores, supuestos que no se darían en Chile. En un modelo en el que las plataformas maximizan utilidades, la competencia aumentaría el bienestar del consumidor, al disminuir las tasas de intercambio y los merchant discount, y cambiaría la estructura de precios para balancear la plataforma. Aunque este segundo efecto podría ser negativo para el bienestar, el primer efecto primaría, de modo que los consumidores y los comercios estarían estrictamente mejor en un ambiente de competencia.

166. En cuarto término, la Fiscalía afirma que Transbank no tendría incentivos para prestar servicios diferenciados, sino un único set de condiciones que ofrece a los comercios sin admitir su modificación. Sólo los grandes comercios podrían optar por soluciones ajustadas a sus necesidades. En definitiva, no existirían variables competitivas que los comercios puedan elegir, encontrándose obligados a aceptar los mismos períodos de pago y liquidación, la misma tecnología y los mismos servicios adicionales o complementarios. A juicio de la Fiscalía, la ausencia de diferenciación produciría ineficiencias derivadas de la falta de adecuación a las distintas necesidades del comercio. En este sentido, la FNE, discrepando de Transbank, asevera que la existencia de descuentos por volumen, o la posibilidad de aceptar todas o algunas de las marcas de tarjetas ofrecidas o la existencia de servicios específicos, no serían ejemplos de diferenciación de servicio o tendrían un carácter excepcional.

167. En quinto lugar, la Fiscalía se refiere a eventuales deficiencias en la calidad del servicio prestado por Transbank, que se traducirían en excesivos tiempos de implementación de los sistemas, caídas generales de la red y saturación de la misma en épocas de uso intensivo, plataformas de atención al cliente deficientes, procedimientos engorrosos para la resolución de problemas, deficiente nivel de información entregada y lentitud, ineficiencias y fallas del sistema Webpay. Esas deficiencias habrían sido reconocidas por Transbank y por reclamos formulados por clientes al Semac o durante la investigación efectuada por la Fiscalía.

168. Finalmente, la FNE se refiere a dos riesgos para la libre competencia relacionados con la estructura orgánica de directorios y otras instancias de encuentro dentro de las SAGB. En primer lugar, señala como riesgoso que directores y ejecutivos de bancos se encuentren autorizados para ser simultáneamente directores de SAGB (Circular N° 3 de la SBIF y Capítulo 11-6 de la RAN). La Fiscalía sostiene que la naturaleza de las SAGB podría justificar estructuras orgánicas en que se crucen directores o altos ejecutivos, pero que dichas justificaciones se desvanecerían frente a los evidentes riesgos para la libre competencia de reunir directores y ejecutivos que representarían empresas con casi un 90% de participación de mercado. Los directorios de las SAGB Transbank, Nexus y Redbanc serían ambientes propicios para el encuentro entre competidores con riesgos para el lado adquirente, el lado emisor u otros mercados relacionados. En consecuencia, la FNE estima indispensable que la normativa de la SBIF se adecúe a los estándares sobre interlocking desarrollados a nivel comprado.

169. En segundo lugar, la FNE cuestiona que al interior de las SAGB se creen comités de diversa índole en los que se reunirían competidores, sin que exista regulación ni fiscalización de parte de la SBIF sobre la información que ahí se intercambia.

Tal sería el caso del Comité de Marketing de Transbank, en donde se abordarían temas propios del rol emisor o que afectarían a toda la industria.

170. En virtud de lo expuesto, la Fiscalía propone una serie de medidas con el fin de introducir competencia en el mercado. Plantea como medida principal la limitación a la actuación conjunta en Transbank, medida estructural que debiera ser complementada con otras que permitan la competencia efectiva.

171. En lo que respecta a la limitación de la actuación conjunta de emisores en la adquirencia, la Fiscalía se refiere al proceso NC N° 418-13, proponiendo que los bancos e instituciones financieras sólo puedan ofrecer servicios de adquirencia conjuntamente –ya sea a través de cualquier tipo de asociación entre ellos, legal o de hecho, o a través del encargo o delegación del rol adquirente a un tercero– en tanto la suma de sus participaciones de mercado no exceda el 30% del monto total de transacciones con tarjetas de crédito o débito de aceptación universal. Dicha medida debería implementarse en un año y, como consecuencia de ella, los bancos e instituciones financieras que no continuarían afiliando a través de Transbank deberían revocar los mandatos de afiliación conferidos a dicha SAGB.

172. A juicio de la FNE, la medida solicitada sería necesaria en atención a que el esquema de incentivos existente haría inverosímil pensar que los bancos propietarios de Transbank tengan interés en desplegar una red paralela que le compita. En este sentido, las medidas acordadas en el acuerdo conciliatorio al que llegó la Fiscalía con Transbank en el proceso C N° 16-2004 (mandatos de afiliación individuales y revocables, conservación del derecho a afiliarse independientemente en forma directa o a través de un tercero) habrían sido ineficaces para abrir el mercado. La FNE también afirma que los bancos y emisores financieros que no tienen participación en Transbank tampoco tendrían incentivos para delegar el rol adquirente en un tercero o ejercerlos por sí mismos, pues su tamaño no les permitiría ampliar su giro a la adquirencia y desafiar al incumbente y tampoco sufrirían directamente los efectos del monopolio.

173. La Fiscalía analiza tres proyectos de ley relativos al mercado de los medios de pago, estimando que ninguno de ellos cumpliría el objetivo de desalinear los incentivos de los emisores en el rol adquirente. En primer término, se refiere al Boletín N° 8331-05, indicando que busca forzar la entrada de un competidor al mercado de la adquirencia imponiendo a los bancos la obligación de contratar dos redes transaccionales, una de las cuales no puede ser relacionada. Para la FNE, nada obstaría a que ese nuevo competidor deba desenvolverse en el mercado según las condiciones impuestas por los bancos.

174. Sobre el proyecto contenido en el Boletín N° 9201-03, que regula la competencia en el mercado de los medios de pago electrónicos imponiendo a los operadores los deberes de definir condiciones y requisitos para prestar sus servicios de procesamiento y prestar sus servicios a todos los emisores o adquirentes que cumplan con ello, la FNE indica que éste tampoco permitiría el ingreso de nuevos competidores al mercado de la adquirencia –al no desalinear los incentivos generados por la integración vertical– y, además, se enfocaría en la competencia en la adquirencia, asumiendo que Transbank sería un monopolio natural en la operación.

175. Finalmente, la FNE se refiere al el Boletín N° 9197-03 que trata sobre la emisión de medios de pago con provisión de fondos por entidades no bancarias, indicando que tal iniciativa permitiría la incorporación de nuevos actores a la emisión, pero no resolvería el problema de incentivos respecto del desarrollo del rol adquirente.

176. La FNE también propone reformar la regulación sectorial, limitando el número de bancos que pueden asociarse en SAGB vinculadas al sistema de pagos y que presten servicios a terceros no bancos e instituciones financieras no bancarias. Plantea que ese límite no sea mayor a un 30% del porcentaje de participación de mercado, determinado a partir de información objetiva.

177. Como medidas complementarias, la Fiscalía propone: (i) establecer un procedimiento de fijación de tasas de intercambio a cargo del Banco Central que contemple la participación de este Tribunal y de la FNE; (ii) modificar las disposiciones de la SBIF relativas a la dirección, administración y funcionamiento de las SAGB, a fin de limitar el interlocking y regular las instancias de reunión entre competidores; (iii) obligar a Transbank a prestar sus servicios de operación a adquirentes en forma desagregada y con prohibición de discriminar; (iv) imponer obligaciones de interconexión, en orden a que los bancos y las instituciones financieras, operadores, adquirentes y otros actores establezcan los mecanismos operativos necesarios; y, (v) imponer la obligación de no limitar o influir en la elección que los adquirentes realicen de sus proveedores de servicios de operación.

II.2 Antecedentes y argumentos presentados por otros aportantes

178. A fojas 841 el Servicio Nacional de Consumidor aportó una base de datos sobre los reclamos formulados por consumidores en contra entidades bancarias y una base de datos con reclamos interpuestos por consumidores directamente en contra de las empresas Transbank y Multicaja.

179. A fojas 863 y 865 los Ministerios de Hacienda y de Economía, Fomento y Turismo aportaron antecedentes, indicando estar en permanente búsqueda de mejoras regulatorias para el funcionamiento de los mercados, lo que se manifestaría, en relación con la industria analizada en este procedimiento, en la indicación sustitutiva formulada respecto del proyecto de ley que permite la emisión de medios de pago con provisión de fondos por entidades no bancarias. Añaden que el presente expediente de recomendación normativa tiene por objeto que este Tribunal formule propuestas al Ejecutivo, de modo que no les correspondería pronunciarse sobre las preguntas formuladas mediante resolución de fojas 849.

180. A fojas 870 la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) aportó antecedentes indicando que cualquier tipo de innovación regulatoria requiere una adecuada definición del objeto regulado y que las responsabilidades de los emisores, operadores y demás participantes del sistema queden claramente identificadas. Añade que una propuesta regulatoria no debe desconocer la potestad y autonomía del Banco Central para impartir normas que resguarden el adecuado funcionamiento del sistema financiero, particularmente en lo que se refiere a la seguridad de los sistemas de pagos. Tampoco debe desconocer los deberes de fiscalización impuestos por la LGB a esa superintendencia.

181. Además, la SBIF se refiere a las diversas propuestas de recomendación normativa. En lo que respecta a las obligaciones de provisión de servicios en forma desagregada, indica que tal obligación ya existe en la regulación del Banco Central para los servicios provistos por operadores a comercios afiliados. Añade que la desagregación de servicios por vía normativa requeriría precisar previamente las funciones y las responsabilidades inherentes a las mismas. En lo que respecta a las obligaciones de interconexión, explica que esa obligación también existe en la regulación del Banco Central respecto de los operadores y que requeriría precisar previamente funciones y responsabilidades. En lo que respecta a la fijación de tasas de intercambio, indica que se trata de una materia fuera del ámbito de acción de esa superintendencia, pero que una medida de ese tipo debiese ir acompañada de estudios tarifarios ad hoc. Sobre las medidas relativas a la afiliación de comercios, la SBIF afirma que esa actividad no se encuentra dentro del ámbito de fiscalización de esa superintendencia, estimando inconveniente establecer directrices normativas respecto de actividades que actualmente no están particularmente reguladas. Sobre la regulación de las empresas responsables del licenciamiento de marcas internacionales, la SBIF sostiene que ellas no se encuentran dentro de la regulación y se requerirían de estudios adicionales para su correcta evaluación, además de insistir en la necesidad de precisar adecuadamente el objeto a ser regulado. En lo que respecta a las condiciones técnicas relativas a equipamientos, programas computacionales u otros asuntos similares, señala que esas materias serían de responsabilidad del emisor u operador fiscalizado, indicando, en todo caso, que se debería mantener la neutralidad tecnológica. Finalmente, y sobre permitir a las SAGB prestar servicios a terceros, sostiene que esa materia fue incorporada al proyecto de ley que permite la emisión de medios de pago con provisión de fondos por entidades no bancarias.

II.3 Informes económicos y documentos acompañados al expediente de recomendación normativa

182. El Banco Central acompañó a fojas 247: (i) acuerdo N° 1749-01-130418, adoptado por el Consejo del Banco Central de Chile en su sesión de 18 de abril de 2013; (ii) acuerdo N° 1765-03-130718, adoptado por el Consejo del Banco Central de Chile en su sesión de 18 de julio de 2013; (iii) acuerdo N° 1708-01-120927, adoptado por el Consejo del Banco Central de Chile en su sesión de 27 de septiembre de 2012; (iv) documento “El Banco Central de Chile y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras publican para consulta regulación sobre tarjetas de crédito”; (v) minuta titulada “Nueva regulación de tarjetas de crédito”; (vi) nota de prensa titulada “El Banco Central de Chile publica nueva regulación sobre tarjetas de crédito”, de 19 de abril de 2013; (vii) nota de prensa titulada “Banco Central de Chile modifica normas transitorias de la nueva normativa sobre emisión y operación de tarjetas de crédito”, de 19 de julio de 2013; (viii) acuerdo N° 1745E-01-130517, adoptado por el Consejo del Banco Central de Chile en su sesión de 17 de mayo de 2013; (ix) sentencia de 29 de abril de 2014, pronunciada por la Excm. Corte Suprema respecto de la acción de protección presentada por la Cámara de Comercio de Santiago y la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en contra de la Circular N° 40 de la SBIF (rol N° 4635-2014); y (x) sentencia de 29 de enero de 2014 pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago sobre la acción de protección presentada por la Cámara de Comercio de Santiago y la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en contra de la Circular N° 40 de la SBIF (rol N° 94.781-2013).

183. Transbank acompañó a fojas 355: (i) carta de 26 de septiembre de 2006, enviada por Transbank a la FNE, por la que informa acciones de implementación de las obligaciones contenidas en la Sentencia N° 29/2005 de este Tribunal; (ii) cartas de 21 de septiembre y 29 de diciembre de 2010 y 12 de agosto de 2011, enviadas por el señor Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras a Transbank; (iii) resoluciones de archivo de la Fiscalía pronunciadas respecto de las investigaciones roles N° 901-07, 927-07 y 815-06; (iv) documento "Servicios y Tarifas", con certificación notarial de haberse obtenido desde el sitio web de Transbank; (v) informe "Una metodología para tarificar los servicios de oferta pública de Transbank", de julio de 2006, elaborado por los señores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza, junto con un anexo "Manual para fijar las tarifas ofrecidas de manera pública por Transbank"; y (vi) documento "Tarifas entre emisores y Transbank S.A. por operación de tarjetas de crédito y tarjetas de débito". Luego, a fojas 1036, acompañó el informe "La organización de la adquisición y la libre competencia", de 29 de julio de 2014, de los señores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. En tercer lugar, a fojas 1521, Transbank acompañó el informe "Comentarios al informe de Alan Frankel", de 29 de octubre de 2015, elaborado por los señores Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza. Finalmente, Transbank acompañó ad effectum videndi, los siguientes documentos en la audiencia pública efectuada los días 11 y 12 de noviembre de 2015: (i) presentación titulada "Acquiring Pricing in Selected International Markets", de 16 de abril de 2014, elaborada por First Annapolis; y (ii) documento "Indicadores de Acceso y Uso a Servicios Financieros, situación en Chile 2013", elaborado por el Departamento de Estudios de la Dirección de Estudios y Análisis Financiero de la SBIF.

184. Multicaja acompañó a fojas 723: (i) el informe "Análisis de la falta de Competencia en el Mercado de Adquirentes de Tarjetas de Crédito y Débito Bancarias", de 17 de enero de 2012, elaborado por los señores Patricio Arrau y Ricardo Pimentel; (ii) el informe "Análisis del Mercado Chileno De la Operación de Tarjetas de Crédito y Débito Bancarias", de julio de 2013, elaborado por Bitrán y Asociados; y, (iii) el informe "Inclusión Financiera y Medios de Pago Electrónicos", de abril de 2013, elaborado por los Ministerios de Hacienda; Economía, Fomento y Turismo; Desarrollo Social y Transportes y Telecomunicaciones. Luego, a fojas 1310, acompañó: (iv) el informe "Apertura y Competencia en el Servicio de Adquisición para Tarjetas Bancarias en Chile", de mayo de 2013, del señor Aldo González; y (v) el informe "Organización industrial de la industria bancaria en relación a las sociedades de apoyo al giro bancario", de 15 de julio de 2013, elaborado por los señores Rodrigo Harrison y Roberto Muñoz.

185. La FNE acompañó: (i) a fojas 1010 el informe "Report of Alan S. Frankel, Ph.D. Regarding Competition in Card Transaction Acquiring Markets", de marzo de 2014; (ii) a fojas 1042, el informe "El mercado (a dos lados) de las tarjetas bancarias en Chile", elaborado por los señores Manuel Willington y Guillermo Paraje; (iii) a fojas 1044, copia digital del expediente de investigación rol N° 1936-11; (iv) a fojas 1839, los siguientes artículos o documentos: (a) "Public Authority Involvement in Payment Card Markets: Various Countries August 2015 Update", de Hayashi et al (2015); (b) "The Effect of Regulatory Intervention in Two-Sided Markets: An Assesment of Interchange-Fee Capping in Australia", de Chang et al (2005); (c) "Regulatory Intervention in the payment card industry by the Reserve Bank of Australia. Analysis of the Evidence", de Stillman et al (2008); (d) "Estimating the Effects of the RBA Intervention on the 'Two Sided Price' of Credit Cards in Australia", de Shampine (2012); (e) "Bank Profitability and Debit Card Interchange Regulation: Bank Responses to the Durbin

Amendment”, de Kay et al (2014); (f) “The interchange fees regulation”, de la Comisión Europea (2015); (g) una planilla Excel con un listado de las tasas de intercambio que habría sido cobradas durante el año 2015 en diversos países; y, (h) “Credit and Debit Card Interchange Fees in Various Countries August 2015 Update”, de la Federal Reserve Bank of Kansas City.

186. A fojas 1133 Santander acompañó el informe económico “Competencia y Regulación del Sistema de Pagos con Tarjeta en Chile”, elaborado por los señores Gastón Llanes y Joaquín Poblete.

187. A fojas 1339 Nexus acompañó una carta de 27 de agosto de 2015, dirigida por Nexus al H. Senador Andrés Zaldívar, Presidente de la Comisión de Hacienda del H. Senado.

188. A fojas 1543 MasterCard acompañó una presentación titulada “Intercambio y el Modelo de Pago de 4 Partes”.

189. A fojas 1833, 1842, 1846, 1849 y 1856 Scotiabank, BCI, Santander y Banco de Chile acompañaron información relativa a la contratación de tarjetas de crédito o débito en forma separada o conjuntamente con otros productos bancarios, además de la rentabilidad asociada a las tarjetas de crédito.

III. Audiencia pública

190. El 11 y 12 de noviembre de 2015, según consta a fojas 1831, se realizó una audiencia pública en la que los apoderados de la Fiscalía; Multicaja S.A.; American Express Travel Related Services Company, Inc; Transbank S.A.; Banco Santander-Chile; Banco de Crédito e Inversiones, Scotiabank Chile S.A. y Banco de Chile manifestaron sus opiniones sobre la materia a que se refiere este expediente de recomendación normativa.

IV. Objeto, estructura general y glosario

191. Tal como se señaló en la resolución de inicio, este expediente tiene por objeto evaluar la pertinencia y oportunidad de recomendar la dictación o modificación de normas legales o reglamentarias relativas a los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago.

192. El resultado de nuestra revisión es un conjunto de propuestas que afectan de manera profunda, a nivel estructural y conductual, el mercado nacional en la forma como actualmente se le conoce. Como sustento, hemos desarrollado un estudio acucioso de la industria de medios de pago y su regulación, incluyendo la experiencia comparada.

193. En lo que sigue esta Recomendación Normativa ha sido dividida en tres partes centrales. La primera (secciones V y VI) consta de dos capítulos destinados a desarrollar la estructura genérica de una industria de medios de pago y examinar las principales condiciones que determinan la competencia en la misma. La segunda parte (secciones VII y VIII) replica la primera para el caso específico chileno. La tercera parte (secciones IX y X) comienza con una evaluación de las propuestas presentadas por las partes en el proceso, para luego recomendar los cambios que se han

estimado convenientes realizar al modelo chileno actual en la industria bajo análisis.

194. Para efectos de facilitar la lectura y el entendimiento de algunos conceptos técnicos de común utilización en la presente Recomendación, los siguientes términos tienen aquí el significado que a continuación se indica:

1. Adquirente: son aquellas instituciones que ejercen una actividad eminentemente comercial, consistente en incorporar al comercio a una red de tarjetas mediante la oferta de medios tecnológicos y de servicios necesarios para utilizarlas como medio de pago, cobrando como contraprestación una o más comisiones. Entre los medios tecnológicos ofrecidos se encuentran las máquinas lectoras de tarjetas (conocidas por sus siglas en inglés, POS), y entre los servicios destaca la habilitación y mantención de una cuenta en la que puedan depositarse los pagos respectivos.

En específico, la adquirencia incluye las funciones de: a) afiliar los comercios a un sistema de pago con tarjetas universal; b) la activación del comercio en el sistema de pago; c) la habilitación del comercio, vale decir la instalación del sistema de venta POS y la señalización de la aceptación de los distintos medios de pagos; d) el desarrollo de la aceptación, consistente en atender las necesidades del establecimiento en la aceptación de la tarjeta respectiva; e) el desarrollo de nuevas soluciones y productos, relacionado con marketing, promociones y potenciamiento de marca; y, f) el pago de los montos vendidos con tarjeta al establecimiento de comercio.

Cabe destacar que todas las operaciones ligadas a las funciones tecnológicas y de procesamiento de la función adquirente, se entenderán separadas de la adquirencia propiamente tal, ya que se asumirá que forman parte de la labor desempeñada por el procesador adquirente (ver definición de procesador infra.11). Con todo, desde el punto de vista del comercio el adquirente es su única contraparte, quien le ofrece los servicios para el pago con tarjetas, independiente de si es proveedor, además, del procesamiento adquirente.

2. Blending: unificación u homogeneización de las comisiones cobradas por las distintas marcas por la aceptación de los medios de pago.

3. Co-branding: fenómeno que implica que una determinada tarjeta (entendida como soporte plástico o digital) contiene simultáneamente dos o más marcas (por ejemplo, una tarjeta de débito que utilice la marca local "Redcompra" y la marca internacional "Maestro").

4. Comercio o establecimiento de comercio: establecimiento que se obliga aceptar como medio de pago para la venta de bienes o prestación de servicios aquellas tarjetas que forman parte de la red del adquirente. Cada comercio debe ser afiliado al sistema a través de un adquirente, quien a su vez le paga los dineros correspondientes a las transacciones realizadas a partir de la venta o prestación de sus bienes o servicios.

5. Comisión por procesamiento: cargo pagado, ya sea por el adquirente, el emisor o por ambos, al procesador por los servicios de procesamiento y la interconexión entre las diversas partes que componen la red de pagos con tarjeta.

6. Emisor: son aquellas instituciones financieras que emiten las tarjetas a nombre del tarjetahabiente y le entregan los servicios financieros relacionados a la misma, como el crédito o el débito comprometido.

7. Host-to Host: conexión directa y privada entre el procesador y el servidor (o la red) del comercio, que permite sumar a todos los locales o todos los POS de un local determinado a la red de procesamiento a través de una sola conexión.

8. Interchange fee o tasa de intercambio: corresponde a una transferencia de recursos de los adquirentes a los emisores, normalmente definida como un porcentaje del monto de la transacción. En los hechos, implica que el emisor transfiere al adquirente una cantidad menor al precio de la transacción (diferencia que corresponde a la tasa de intercambio) al momento de efectuar su liquidación.

9. Merchant discount, merchant services charge o comisión al comercio: cargo pagado por el comerciante al adquirente por cada transacción efectuada con tarjeta en la red para la que este último realizó la adquirencia. En la práctica, el merchant discount se deduce del pago que hace el adquirente al comercio, por lo que no existe un pago directo del comercio al adquirente, sino más bien una compensación de la deuda del adquirente con el comercio (correspondiente al monto pagado por el tarjetahabiente) y la deuda del comercio con el adquirente (correspondiente al merchant discount).

10. Multihoming: fenómeno que consiste en que un tarjetahabiente es simultáneamente titular de dos o más tarjetas de diversas marcas (por ejemplo, una tarjeta marca Visa y una tarjeta marca Diners), o bien que un comercio se encuentre afiliado a dos o más adquirentes que compiten respecto de una o más marcas de tarjetas.

11. PIN PASS: clave secreta de tarjetas de crédito bancarias, utilizada para validar compras de manera inmediata, mediante pago online. La implementación de esta clave reemplaza la autorización de las compras mediante la firma del tarjetahabiente.

12. Plataforma: infraestructura física o digital que permite conectar a dos o más tipos de usuarios, permitiéndoles agregar valor a su interacción.

13. Procesador: son aquellas instituciones que ofrecen los servicios informáticos que permiten enrutar, autenticar, registrar y eventualmente liquidar las transacciones efectuadas con el medio de pago. En este rol puede distinguirse entre el procesador adquirente, que determina si el POS y el comercio están habilitados para recibir este tipo de pago y envía la información necesaria a la siguiente etapa del procesamiento a través de un switch, y el procesador emisor, que realiza la validación de las credenciales y determina si existen fondos para cubrir los pagos en la institución financiera asociada a la transacción.

Así, “el procesamiento supone la existencia de un switch que permite la interconexión entre los procesadores adquirentes y emisores, a fin de que ambos lados del mercado se encuentren unidos en un único sistema”.

En el Dictamen N° 1270 de 28 de agosto de 2003, la Comisión Preventiva Central denomina "operador" a aquella empresa que proporciona "el soporte informático y tecnológico que permite operar el sistema, capturando y aceptando electrónicamente las transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito". La Comisión además destaca que en Chile, "el rol operador asociado a la captura y autorización de transacciones es ejercido por Transbank. A su vez, el rol Operador del rol emisor es ejercido por las empresas Nexus y Certegy". Como se puede apreciar, en el Dictamen N° 1270 se utiliza el concepto de operador para describir la función de procesamiento. Finalmente, es importante destacar que en esta Recomendación Normativa el rol de procesador (en cualquiera de sus dos variantes) es tratado de manera diferenciada del rol adquirente.

14. Point of sales o POS: máquinas lectoras de las distintas tarjetas de crédito, débito o prepago.

15. Proveedor de servicios de red o marca internacional: son aquellos actores que fijan los estándares operacionales y comerciales que permiten el funcionamiento del sistema de pagos. Generalmente, las marcas internacionales de tarjetas cumplen este rol, al menos para las transacciones realizadas en el extranjero.

16. Red de tarjetas: infraestructura técnica y comercial establecida para servir a una o más marcas de tarjetas y que provee la organización, marco y reglas necesarias para que las transacciones con dichas tarjetas funcionen.

17. Regla Honor all cards o de respeto de todas las tarjetas: regla del sistema de medios de pago mediante la cual se obliga a los comercios que reciben pagos con tarjetas a que acepten todas las existentes en el sistema, sin excepción. Esto asegura a los tarjetahabientes que sus tarjetas de pago serán aceptadas universalmente, esto es, donde sea que se exhiba el logo de dicha tarjeta.

18. Regla de no discriminación, anti-steering rule, no-discrimination rule o no surcharge rule: regla consistente en que los comercios no pueden cobrar un precio por un bien o servicio que dependa del medio de pago utilizado para la transacción. En particular, esto implica que no pueden cobrar más por las transacciones realizadas con tarjetas de crédito o débito que aquellas realizadas en efectivo o con cheque.

19. Regla No acquiring without issuing (NAWI): regla que indica que el rol de adquirente puede ser desarrollado solamente por quienes realicen la labor de emisión. En algunos casos incluso se exige haber emitido al menos una cierta cantidad de tarjetas antes de ser adquirente.

20. Tarjetahabiente: son todos quienes poseen tarjeta, ya sea de débito, crédito o prepago, las que pueden ser utilizadas como medio de pago.

21. Tarjeta de crédito: cualquier instrumento que permita a su titular o usuario disponer de un crédito otorgado por su emisor y que sea utilizado por dicho titular o usuario en la adquisición de bienes o el pago de servicios vendidos o prestados por las entidades afiliadas con el correspondiente emi-

sor u operador, en virtud de convenios celebrados con éstas que importen aceptar el instrumento como medio de pago .

22. Tarjeta de débito: cualquier instrumento que identifica al titular de una cuenta corriente bancaria o de una cuenta de ahorro a la vista, o simplemente de una cuenta a la vista, con el emisor del instrumento, y que sea utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema que cuenten con dispositivos electrónicos que operen con captura en línea de las transacciones y en que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del titular y acreditadas en la cuenta del beneficiario.

23. Tarjeta de prepago: es definida legalmente como “aquel dispositivo físico, electrónico o informático, que cuente con un sistema de identificación único del respectivo medio de pago con una Cuenta de Provisión de Fondos abierta por el Emisor de la Tarjeta con el propósito de acreditar las sumas de dinero que en ella se depositen; y cuya utilización, en carácter de instrumento de pago, importe a dicho Emisor contraer habitualmente obligaciones de dinero con el público o con los establecimientos comerciales o servicios afiliados al sistema”.

V. La industria de pagos con tarjetas

195. El concepto “medios de pago” agrupa diversas formas de realizar pagos por productos o servicios, ya sea a través de dinero en efectivo, de cheques o de medios electrónicos, incluyendo tarjetas de crédito y débito, entre otros, cuyas características permiten diferenciarlos de manera suficiente como para que la sustitución entre ellos no sea perfecta, atendido su funcionamiento y regulación independientes. Así lo han reconocido la FNE (a fojas 1359 y siguientes) y Transbank (a fojas 384 y siguientes), entre otros intervinientes en este proceso.

196. Específicamente, las tarjetas se diferencian de otros medios de pago (como el efectivo, los cheques y las transferencias de dinero) en características como la portabilidad para grandes sumas, la seguridad de las transacciones y la rapidez del traspaso de fondos (véase, a este respecto, los pronunciamientos efectuados por este Tribunal en sus sentencias N° 29/2005, consideraciones decimoctava a vigésimo segunda, y N° 142/2015, consideraciones novena a decimoctava).

197. Con todo, la diferenciación entre diversos medios de pago no obsta a que en un caso específico sometido al conocimiento de este Tribunal, el mercado relevante pueda ser definido como comprensivo de uno o más de estos bienes sustitutos imperfectos, cuestión que dependerá del grado de presión competitiva que ejerzan entre sí, lo que deberá ser analizado en cada caso.

V.1 Actores que intervienen en la industria de pagos con tarjetas

198. Un primer paso para describir la industria de pagos con tarjetas consiste en analizar quiénes son los actores más relevantes en la misma, cuáles son los roles que cumplen en el sistema de pagos y qué necesidades de interconexión tienen u ofrecen, además de las compensaciones pagadas o cobradas por la satisfacción de las mismas, respectivamente. Para estos efectos, se debe considerar que esta

industria se caracteriza por ser de "dos lados" (concepto que se analiza en más detalle la sección VI.1), donde en uno se encuentran los tarjetahabientes y en el otro el comercio.

199. Un primer grupo de actores relevantes son, entonces, los tarjetahabientes, quienes requieren tener una tarjeta y un lugar donde utilizarla. En respuesta a esta necesidad, surgen los emisores, segundo grupo de importancia en esta industria.

200. Las tarjetas emitidas por un emisor pueden estar asociadas a una marca propia (como ocurre en Chile con la marca Magna, de propiedad del Banco Santander), a una marca con presencia nacional (como es el caso de Redcompra en Chile), o a una marca internacional (como ocurre con Visa, MasterCard, American Express o Diners).

201. Por tanto, un tercer actor de relevancia es el grupo conformado por las empresas licenciatarias de cada marca. Una característica fundamental de toda tarjeta es su aceptación en el universo del comercio adscrito a su marca, independiente del emisor; a lo que se suma el hecho que las marcas internacionales extienden este beneficio a compras en el extranjero (siguiendo la regla "Honor All Cards", descrita en el glosario).

202. Por su parte, al otro lado de los tarjetahabientes se encuentran los comercios, quienes para prestar sus servicios o vender sus bienes a los primeros, deben contar con los dispositivos necesarios y suficientes para recibir pagos con tarjetas. Para esto, el comercio se contacta con otro actor de este mercado, los denominados adquirentes, cuya función es afiliar a los comercios a una red de tarjetas. Los adquirentes pueden o no estar relacionados con un emisor.

203. A su vez, los emisores pueden relacionarse con empresas internacionales para emitir tarjetas de su marca -con los beneficios de seguridad, confianza, reconocimiento y aceptación internacional que ellas conllevan-, los adquirentes también pueden relacionarse con ellas para que sus POS acepten tarjetas de la marca de tales empresas.

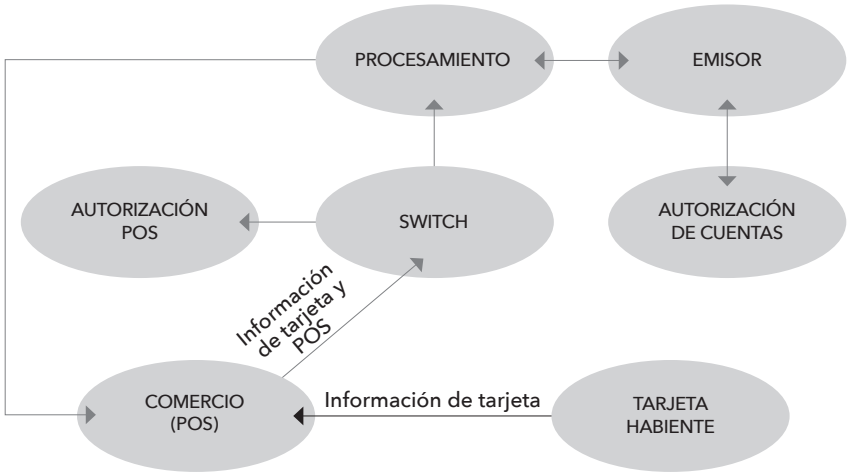
204. Para que opere el sistema de pagos con tarjetas es necesario conectar los dos lados de la plataforma, conocidos como lado emisor y lado adquirente. Esta conexión es realizada por los procesadores y los proveedores de los servicios de red.

205. Esta conexión, además, es simultáneamente tecnológica y financiera o comercial. Desde una perspectiva tecnológica, es necesario capturar la transacción electrónica efectuada en el comercio, autenticarla (tanto por el adquirente como por el emisor), registrarla y liquidarla. Desde una perspectiva financiera o comercial, la transacción da lugar a un flujo de fondos, en donde, además del precio nominal de la transacción, deben ser considerados diferentes cobros asociados a los servicios que integran la plataforma.

206. Por tanto, al momento de efectuarse una compra en el comercio se generan dos vías de interacción: una a través del traspaso de información y otra que corresponde al traspaso de dinero desde la cuenta del tarjetahabiente a la del comercio.

207. El traspaso de información puede ser ilustrado de la manera que muestra la Figura N° 1.

Figura N° 1:
Traspaso de información en la transacción con tarjeta

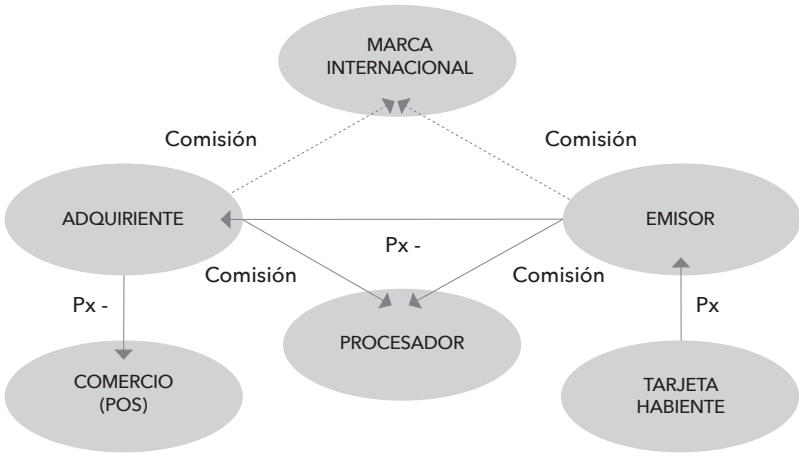


Fuente: elaboración propia.

208. Como se aprecia, cuando el tarjetahabiente paga con tarjeta en el comercio, el POS respectivo envía una señal a través de la red. Luego, la transacción debe ser validada por el adquirente, quien verifica que el comercio desde donde se genera la transacción sea parte de la red. Posteriormente, se efectúa una segunda autenticación por el emisor, en la que se verifica la existencia de fondos disponibles (si la tarjeta es de débito o de prepago) o de cupo disponible (si la tarjeta es de crédito) y la validez de sus credenciales. Una vez realizadas ambas autenticaciones, se envía una aprobación a través de la misma red informando al comercio que la transacción puede efectuarse.

209. Por otra parte, una abstracción del traspaso de dinero de una cuenta a otra puede ser visualizado en el esquema que muestra la Figura N° 2:

Figura N° 2:
Traspaso de fondos en la transacción con tarjeta



Fuente: elaboración propia.
 Px: Precio de la transacción realizada con tarjeta (precio pagado por el usuario).
 C: Comisión pagada por el tarjetahabiente al emisor por la mantención de la tarjeta
 i: Interés pagado por el tarjetahabiente al emisor por el crédito otorgado
 IF: Interchange Fee o tasa de intercambio. En este caso, corresponde al monto pagado al emisor por aceptar transacciones con tarjeta
 MD: Merchant Discount, corresponde al monto que el adquirente resta del precio como retribución a sus servicios

210. Como se observa, una vez aprobada la transacción por parte del banco emisor, éste debita de la cuenta del tarjetahabiente o carga a su cuenta de crédito –en caso de haberse realizado el pago con una tarjeta de débito o crédito, respectivamente– el monto total de la compra. Sin embargo, el comercio no recibe la totalidad del monto cargado a la cuenta del tarjetahabiente, pues los intermediarios entre el tarjetahabiente y el comercio cobran por los servicios prestados, sea que tales cobros se expresen como un porcentaje del total de la compra, como cargos fijos por transacción, o como una mezcla de ambos.

211. Cada sistema de pagos con tarjetas tiene distintos procedimientos de liquidación, que permiten traspasar fondos desde los emisores a los adquirentes y pagar las respectivas comisiones a las marcas de tarjetas y las entidades procesadoras. Este proceso implica que el emisor traspasa los fondos al adquirente, descontando el porcentaje consistente en la tasa de intercambio. Posteriormente, el adquirente traspasa el monto recibido al comercio, descontando el merchant discount o merchant service charge. Por tanto, el comercio recibe el monto de la venta menos el merchant discount, que implícitamente incluye los pagos necesarios para el funcionamiento del sistema. El procesador adquirente y emisor, así como las marcas internacionales de tarjetas, reciben pagos de parte del emisor o del adquirente, según sea el caso, por los servicios prestados.

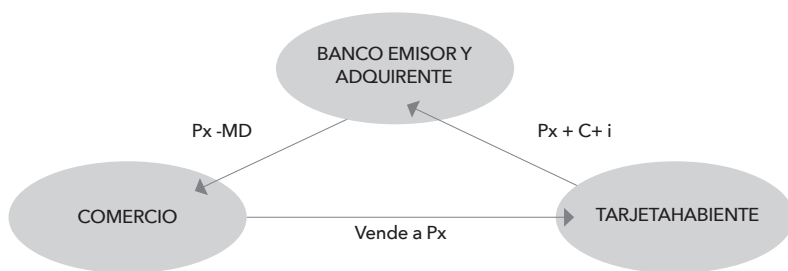
212. Naturalmente, esta descripción corresponde a una simplificación teórica que permite identificar el flujo de los pagos desde un actor hacia el siguiente. En la práctica, generalmente los traspasos de fondos se contabilizan internamente por las entidades financieras y se realizan transferencias periódicas (por ejemplo, una vez al día) hacia un banco que actúa como liquidador de las posiciones en el sistema, no existiendo una liquidación por cada transacción.

V.2 Formas de organización de los sistemas de pagos con tarjetas

213. En los hechos, los traspasos hasta aquí descritos, el funcionamiento y, en general, las interrelaciones entre los distintos actores en una industria de pagos con tarjeta dependen fundamentalmente de la forma de organización de esta última. A grandes rasgos, es posible distinguir entre dos tipos de sistemas: aquellos que constan de tres partes y aquellos que constan de cuatro partes.

214. Un sistema de tres partes –o sistema propietario– es aquel en el que un mismo actor cumple los roles de emisor y de adquirente (esta es, por ejemplo, la definición utilizada por Transbank a fojas 391 y por el informe acompañado a fojas 1010, específicamente a fojas 973 y 974). En este esquema, cuando un tarjetahabiente hace una compra en el comercio paga el valor de su compra (“Px”) y, adicionalmente, para efectos de tener acceso a la tarjeta con la que está pagando, paga también comisiones al banco emisor (las que pueden incluso, en algunos casos, ser negativas). A su vez, el banco emisor, adquirente del comercio donde se efectuó la compra, entrega a éste el valor de la compra menos su comisión (el merchant discount). Este esquema es ilustrado en la Figura N° 3:

**Figura N° 3:
Esquema de tres partes y traspaso de fondos**



Fuente: elaboración propia, basada en aporte de antecedentes de Transbank de fojas 355.

Px: Precio de la transacción realizada con tarjeta (precio pagado por el usuario).

C: Comisión por uso de tarjeta

i: Tasa de interés por crédito

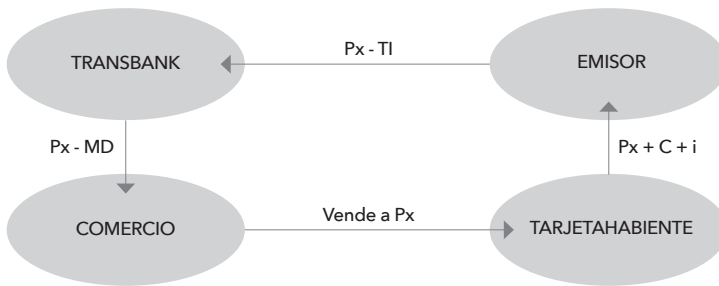
MD: Merchant discount

215. Por otro lado, en un sistema de cuatro partes los roles emisor y adquirente están separados. Normalmente, los bancos compiten entre sí en los dos ámbitos; esto es, tanto en la afiliación de comercios para la aceptación de tarjetas (rol adquirente), como en la captación de nuevos tarjetahabientes (rol emisor). Esto implica que se producen transacciones off-us, donde el emisor no coincide con el adquirente, y sólo excepcionalmente transacciones on-us, donde la misma entidad actúa como emisor y adquirente (en cambio, en los sistemas de tres partes todas las transacciones son on-us).

216. En un sistema de cuatro partes, el rol de procesamiento de la plataforma es realizado comúnmente por empresas externas. En aquellos casos en que existe más de una plataforma de procesamiento, se genera competencia entre los distintos operadores, quienes procesan los pagos efectuados mediante las distintas tarjetas. En este esquema, cada comercio es afiliado a una de las marcas por medio de un banco adquirente, y cada tarjeta se encuentra asociada a un banco emisor. Cualquier tarjetahabiente de una marca puede efectuar compras en cualquier comercio que haya sido afiliado a dicha marca, independiente de si el banco adquirente es distinto del banco emisor, dada la regla Honor all Cards (mencionada en el glosario y descrita con mayor detalle en la sección V.3). El hecho que se presenten transacciones en las que el banco adquirente es distinto del banco emisor lleva a la existencia de una tasa de intercambio, que corresponde a un pago por transacción que va del adquirente al emisor.

217. El esquema de cuatro partes se ilustra en la Figura N° 4:

Figura N° 4:
Esquema de cuatro partes y traspaso de fondos



Fuente: elaboración propia, basado en aporte de antecedentes de Transbank de fojas 355.

Px: Precio de la transacción realizada con tarjeta (precio pagado por el usuario).

C: Comisión por uso de tarjeta

i: Tasa de interés por crédito

TI: Tasa de intercambio

MD: Merchant discount

V.3 Reglas o prácticas comerciales de común aplicación en la industria de medios de pagos con tarjetas

218. Sin perjuicio de la forma de organización, en la industria de pagos con tarjetas existen una serie de reglas o prácticas comerciales, de común aplicación, que condicionan el esquema teórico antes mostrado. La primera de ellas es denominada "Honor all Cards" (en adelante HAC). Esta regla es particularmente característica de las marcas internacionales, ya que con ella se evitan los límites geográficos al uso de una tarjeta como medio de pago.

219. Si bien la regla HAC tiene como ventaja universalizar una tarjeta (y con ello expandir la demanda por su uso y aceptación), en ocasiones, los comercios pagan merchant discounts distintos si los pagos son online (autorizadas de inmediato y con pin pass o algún sistema similar) u offline (autorizadas con retraso y que deben ser firmadas). Esta situación genera un problema de asignación de recursos, toda vez que los comercios no pueden o no desean traspasar los mayores costos de las

transacciones offline a los clientes, por lo que en la práctica los consumidores no internalizan el mayor costo que tiene para el comercio una transacción de este tipo.

220. Las marcas internacionales han defendido la regla HAC, aduciendo que ésta entrega a los tarjetahabientes la seguridad de que sus tarjetas serán aceptadas en todas partes del mundo, otorgándoles flexibilidad al momento de elegir sus medios de pago, y argumentando que ella incrementa la cantidad de consumidores que pueden comprar en determinados comercios, al incluir todos los tarjetahabientes nacionales e internacionales, sin distinción.

221. En Europa, en el año 2001, la Comisión Europea determinó que la regla HAC no viola el artículo 81(1) (actual artículo 101 del TFEU) (Decisión 2001/782/EC). La Comisión señaló que esta regla promueve el desarrollo de los sistemas de pago con tarjetas al ser de aceptación universal, sin importar la identidad del banco emisor, indicando que un sistema como el de Visa no podría funcionar si un comercio o un banco adquirente pudiera rehusarse a aceptar tarjetas emitidas en el extranjero o en cierto banco nacional. Además, la Comisión señaló que permitir a los comercios rechazar determinadas tarjetas, mientras acepta otras de igual marca, haría peligrar seriamente la aceptación universal de las tarjetas (en ese caso Visa). Señaló, además, que los comercios están en libertad de dejar de aceptar las tarjetas Visa en cualquier momento, por lo que esta regla no los forzaría a aceptar condiciones perjudiciales para sus negocios.

222. Sin embargo, más recientemente, la Comisión Europea ha mostrado reparos en hacer extensiva la regla HAC a más de un mismo tipo de tarjeta. En efecto, el Reglamento 751/2015 prohibió esta regla para tarjetas que pertenecen a distintas categorías; esto es, por ejemplo, la aceptación de una tarjeta de crédito de cierta marca no obliga a aceptar la tarjeta de débito de la misma marca. Esta normativa de la Comisión sigue siendo consistente con los beneficios ya mencionados de usar la regla HAC para un mismo medio de pago y, de paso, no restringe los beneficios sociales que se generan con la eventual venta paquetizada de las tarjetas de crédito y débito. En efecto, si un comercio acepta los dos medios de pago (crédito y débito), aplica la regla HAC para ambos tipos de tarjetas por separado. En cambio, si sólo adhiere a un tipo de tarjeta (crédito o débito), no estará obligado a aceptar el otro tipo como medio de pago. De esta manera se permite al comercio la elección de tarjetas de pago de bajo o menor costo, de acuerdo a sus necesidades particulares.

223. Una segunda regla ampliamente utilizada en esta industria es la de no discriminación, también conocida como anti-steering rule o no surcharge rule (véase glosario, N° 18). Desde el punto de vista de la competencia, esta regla impone restricciones a la política de precios de los comercios, negándoles su fijación de acuerdo a los costos de cada medio de pago. Así, la consecuencia negativa para el bienestar es que los precios cobrados por el comercio, cualquiera sea el medio de pago, se ven incrementados, por cuanto al existir un subsidio desde los que utilizan medios de pago de menor costo para el comercio a quienes utilizan un medio de pago más costoso, se eleva el precio promedio que cubre todos los costos que enfrenta el mismo.

224. Un segundo tema que surge a propósito de la regla de no discriminación es que ella reduce la competencia entre medios de pago, eliminando la variable precio en la competencia entre las tarjetas, el dinero en efectivo, los cheques y otros medios. Sin embargo, algunos autores han señalado que para los bancos puede ser

más costoso el pago con efectivo que con tarjetas, y por tanto, no tendrían incentivos para dejar sin efecto esta regla.

225. Asimismo, la regla de no discriminación también puede afectar el poder de negociación de los comercios al acordar los merchant discounts con los adquirentes, ya que elimina una variable de negociación como es la posibilidad de cobrar un precio mayor por los pagos con tarjeta. Con todo, este riesgo se presenta sólo si los adquirentes tienen mayor poder que el comercio para negociar los merchant discounts.

226. En el contexto internacional se ha observado que la regla de no discriminación ha sido prohibida por varias autoridades de competencia, como Reino Unido (1990), Suecia (1994), Holanda (1995, confirmada en 1997), Australia (2003), Estados Unidos (2010) y la Unión Europea (2015).

227. En específico, en Estados Unidos la Enmienda Durbin prohibió a las redes de pagos con tarjetas impedir, personalmente o a través de terceros, que las personas que acepten pagos con tarjetas otorguen descuentos o beneficios en especie por la utilización de un determinado medio de pago, tales como efectivo, cheques, tarjetas de débito o crédito (Sección 920.b.2.A.).

228. En el caso Europeo, el 29 de abril de 2015 se regularon diversos aspectos relativos al funcionamiento de las transacciones de pago con tarjetas por medio del Reglamento N° 751/2015. Este Reglamento fue adoptado a nivel comunitario para evitar la fragmentación del mercado interno europeo y las significativas distorsiones a la competencia producidas por la diversidad normativa y de decisiones administrativas. Así, la Unión Europea prohibió, en contratos de licencia o de prestación de servicios, las cláusulas y las reglas relativas a regímenes de pagos con tarjetas que impidieran a los comercios: (i) incentivar que los consumidores utilicen un determinado instrumento de pago en desmedro de otro; (ii) otorgar un trato más favorable a un determinado tipo de tarjetas de una red de pagos con tarjetas en desmedro de otras (artículo 11.1); y (iii) informar a los consumidores acerca de la existencia y el monto de los merchant discounts y las tasas de intercambio (artículo 11.2).

229. En el caso de Australia, no se limitó el sobrecargo al merchant discount, sino que cada comercio determina de manera independiente (y sin límite) cuánto será el sobrecargo por comprar con tarjetas, aunque pueden negociar con el adquirente no cobrar un sobrecargo mayor a un porcentaje determinado con anterioridad. Con todo, en el año 2016 esta regla fue modificada, prohibiéndose explícitamente a los comercios cobrar a los clientes más que el costo de procesamiento en caso de pagar con tarjetas.

230. Finalmente, una tercera regla propia de esta industria es la denominada regla NAWI (No Acquiring Without Issuing). En virtud de esta práctica comercial, algunas marcas internacionales de tarjetas no entregan licencias de adquirencia separadamente de las licencias emisoras. En algunos casos las marcas internacionales no sólo exigen tener la calidad de emisor, sino también haber emitido al menos una cierta cantidad de tarjetas antes de poder ser adquirente.

231. La mayor preocupación respecto de esta regla es que ella funcione como una barrera a la entrada al mercado de la adquirencia, limitando el número de potencia-

les adquirentes a aquellos que tengan la capacidad suficiente como para también ser emisores. No obstante, en Europa, la Comisión Europea en 2001 determinó la regla NAWI, por sí misma, no restringía la competencia, pues no crea barreras significativas a la entrada en el negocio de la adquirencia (Decisión 2001/782/EC).

232. Con todo, en el año 2005, y en el marco de un acuerdo con la Comisión Europea, las marcas internacionales decidieron revocar la regla NAWI, de modo que desde entonces los adquirentes ya no se ven obligados a emitir tarjetas para poder realizar su negocio.

VI. La competencia en la industria de pagos con tarjetas

233. En diversas partes del mundo la competencia en la industria de pagos con tarjetas ha sido objeto de revisión, tanto por la literatura económica como por órganos del Estado. En particular, el escrutinio se ha traducido en la realización de estudios, en la adopción de significativos cambios regulatorios y en la imposición de sanciones o medidas correctivas con el objeto de fomentar un funcionamiento más competitivo del mercado.

234. La presente sección analiza tanto la literatura académica como la experiencia comparada, con el objeto de extraer conclusiones sobre los principales desafíos que la industria de los medios de pago electrónicos presenta desde la perspectiva de la libre competencia.

VI.1 La industria de pagos con tarjetas como industria de dos lados

235. Las industrias de dos (o más) lados se caracterizan por poseer una o más plataformas que ofrecen servicios que permiten la interacción entre diferentes tipos de usuarios finales, con demandas distintas. Tal como lo destacan Rochet y Tirole, la teoría de las industrias de dos lados se relaciona, por una parte, con la teoría de externalidades de redes, en cuanto enfatiza las externalidades no internalizadas entre diferentes usuarios finales ; y, por otra parte, con la teoría de tarificación de empresas multiproducto, en donde la determinación de los diferentes precios se hace teniendo presente el efecto en todos los mercados involucrados.

236. Al ser la industria de pagos con tarjeta una industria de dos lados, permite la existencia de equilibrios en los que los precios no necesariamente reflejan los costos de cada mercado.

237. Como muestra la literatura sobre industrias de múltiples lados, al atender a más de un tipo de cliente, una empresa que participa en varios mercados puede subsidiar a un primer tipo de clientes para atraer más clientes de otro tipo, con el fin de que las ganancias obtenidas con estos últimos sobrepasen las pérdidas del subsidio a los primeros . De hecho, esto incluso puede darse en equilibrio existiendo competencia entre dos o más plataformas.

238. Por otra parte, para poder identificar una industria de dos lados como una industria de red no sólo basta con que existan en ésta externalidades de red. En este sentido Shy describe que las industrias de redes son aquellas que tienen cuatro características principales: (i) complementariedad, compatibilidad y estándares; (ii)

externalidades o efectos de red; (iii) costos de cambio y cautividad; y (iv) significativas economías de escala.

239. En el caso de la industria de pagos con tarjetas, la característica de complementariedad, compatibilidad y estándares se observa en varios niveles. En primer lugar, estos atributos se encuentran en la relación que existe entre las tarjetas y los POS que leen su información, pues sin uno no puede existir el otro. Un segundo nivel se produce porque los estándares definidos permiten que una nueva tarjeta pueda ser utilizada en todos los puntos de servicio ya habilitados. En tercer lugar, destaca el rol de estandarización que tienen los proveedores de servicios de red (como Transbank, Visa o MasterCard), los que permiten la construcción efectiva de redes transaccionales con distintos emisores y, eventualmente, distintos adquirentes. Finalmente, la complementariedad, compatibilidad y estándares propios de una industria de red se encuentra también en el desarrollo de los procesos informáticos que permiten la interconexión de distintos actores en una misma red (esto es, de emisores y adquirentes al procesador) y de distintas redes entre sí, lo cual eventualmente puede justificar la imposición de obligaciones de interconexión.

240. Con respecto a las externalidades o efectos de red, es claro que cuando un tarjetahabiente utiliza su tarjeta como medio de pago, además del beneficio personal, su uso le entrega una externalidad positiva a todos los demás tarjetahabientes, pues incentiva a los comercios a aceptar ese medio de pago. Del mismo modo, cada comercio afiliado otorga una externalidad positiva a los demás comercios afiliados al incentivar a los tarjetahabientes a utilizar esos medios de pago.

241. En lo que respecta a los costos de cambio y cautividad, un comercio asociado a una determinada red de tarjetas enfrenta un costo al cambiarse a otra red, pues sus clientes pueden no estar asociados a esta última. Lo mismo sucede para los tarjetahabientes, que al cambiarse a otra tarjeta pueden perder la posibilidad de comprar con este medio de pago en aquellos comercios en los que están acostumbrados a hacerlo. Así, existe un costo de cambio que aumenta por al menos dos razones: (i) en la medida que las redes tienen menos interconexiones, esto es, cuando menos tarjetas de una red se pueden utilizar en la otra red; y (ii) con el tamaño de la red de origen, siendo por tanto más costoso cambiarse desde una red de gran extensión que de una red poco expandida.

242. Finalmente, en cuanto a las significativas economías de escala en la industria, si bien un incremento en el número usuarios puede obligar a realizar inversiones adicionales para soportarlos, el mayor costo de la red está determinado por la infraestructura necesaria para atender al primer usuario, y que representa un costo hundido para servir al resto. Con todo, como se verá, la mayor parte de estos costos fijos se presentan en un segmento específico de la industria: el de procesamiento.

VI.2 Inelasticidad de la demanda de comercios por tarjetas

243. Enseguida, es relevante considerar que la evidencia económica revela que los comercios tienen una demanda inelástica respecto de la aceptación de tarjetas de pago. Para estos efectos, el informe acompañado a fojas 1010 cita a diversos autores que señalan que lo que verdaderamente determina los precios en industrias de múltiples lados es cuán elástica es la demanda de un tipo de cliente (por ejemplo, los tarjetahabientes) respecto del otro (por ejemplo, los comercios). En el caso de los pagos con tarjeta, la existencia de tasas de intercambio positivas evidenciaría que la

demanda de los comercios por servicios de aceptación de tarjetas es inelástica, o al menos, más inelástica que la de los tarjetahabientes, lo que se explicaría en que estos últimos tienen diversas opciones al momento de pagar y varios comercios en los cuales pueden realizar sus transacciones, mientras que para los comercios la aceptación de tarjetas se convierte en una estrategia competitiva que le puede entregar una ventaja respecto de quienes no las admitan (o una desventaja en caso de no hacerlo, respecto de quienes sí las acepten), como desarrolla teóricamente Wright. El corolario de este desarrollo es que a medida que las tarjetas de pago se vuelven más comunes entre el universo de compradores, es cada vez más importante contar con ellas como estrategia competitiva, de modo que la demanda de los comercios por la aceptación de estos medios de pago se vuelve más inelástica.

244. Como se verá, la inelasticidad de la demanda de los comercios por tarjetas como medio de pago ha generado preocupación a nivel comparado, especialmente respecto de si las condiciones de competencia en la industria permiten ejercer poder de mercado sobre los comercios. En particular, ello se ha traducido en una revisión de (i) las tasas de intercambio fijadas en modelos de cuatro partes; (ii) la existencia de alta concentración en la adquirencia; y (iii) de la integración vertical entre emisores y adquirentes.

245. En este punto es necesario precisar que los comercios no sólo tendrían una demanda inelástica respecto de las tarjetas como medios de pago, sino que también ésta sería inelástica respecto de marcas específicas de tarjetas. En este sentido, el informe acompañado a fojas 1010 señala que diversos economistas “han reconocido que los comercios que aceptan una marca de tarjetas tienden a tener una demanda inelástica por los servicios de aceptación de tarjetas para esa marca” (fojas 978 y 979). En efecto, dado que los comercios se enfrentan a una serie de marcas, cada una de las cuales otorga acceso a distintos grupos de tarjetahabientes dispuestos a utilizar dichas tarjetas como medio de pago, cada red de tarjetas ejercería un monopolio sobre los comercios respecto al acceso a sus propios tarjetahabientes (fojas 988).

246. Nótese que esta situación de dependencia de los comercios con cada marca de tarjetas no es tal desde la perspectiva de los tarjetahabientes. En efecto, para estos últimos las marcas de tarjetas pueden actuar como sustitutos, de modo que pueden elegir ser titular de una tarjeta de una determinada marca en desmedro de otras.

247. Con todo, el poder de mercado que puede ejercer una determinada red de tarjetas sobre un comercio puede atenuarse por dos fenómenos propios de la industria: el multi-homing y el co-branding o co-badging.

248. El multi-homing se produce cuando los usuarios de un sistema de redes no interconectadas quisieran aprovechar las externalidades de cada una de dichas redes. Así, el modelo teórico desarrollado por Rochet y Tirole muestra que la existencia de multi-homing disminuye la proporción de los excedentes que quedan en manos de los dueños de las plataformas, pero los efectos sobre quienes realizan esta práctica son más bien ambiguos. Sin embargo, los autores sugieren que los factores que inducen a un mayor multi-homing por parte de los tarjetahabientes también pueden intensificar la competencia entre plataformas, disminuyendo en parte su poder de mercado.

249. Por otro lado, respecto al co-branding o co-badging, esta práctica no implica necesariamente que no exista competencia entre las marcas presentes en cada tarjeta, ya que podrían cobrar comisiones distintas por cada una, y el tarjetahabiente podría, a su vez, elegir cuál de estas marcas utilizar. Sin embargo, si dicha elección no es posible, naturalmente las marcas no pueden competir entre sí. Asimismo, si existe blending, los comercios no tienen incentivos para sugerir el uso de una marca por sobre la otra, por lo que se reduce la competencia intermarcaria, incluso en el caso que sea posible elegir la marca a utilizar.

250. De acuerdo con lo expuesto, los comercios pueden enfrentar dos formas de competencia en lo que respecta a la adquirencia de tarjetas como medio de pago. Por una parte, puede existir competencia entre diversas marcas de tarjetas o intermarcaria, lo que depende de la magnitud del multihoming por parte de los tarjetahabientes y del co-branding; y por otra, puede existir competencia al interior de una determinada marca de tarjeta o intramarcaria, cuestión que depende de la existencia de dos o más adquirentes compitiendo en la afiliación de comercios por dichas marcas.

251. Finalmente cabe señalar que no existe evidencia en autos en cuanto a si la dependencia económica que genera en el comercio la inelasticidad de su demanda por estos medios de pago es finalmente reducida por la competencia inter o intramarcaria. Todo parece indicar que ello no es así.

VI.3 Las tasas de intercambio en los modelos de cuatro partes

i. Aspectos generales

252. Como se ha explicado, las redes de pago con tarjetas pueden organizarse en modelos de tres y cuatro partes, dependiendo de si las funciones de emisión y adquirencia se encuentran o no concentradas en un único actor.

253. En los modelos de cuatro partes, las funciones de emisión y adquirencia son desarrolladas, de manera alternativa o simultánea, por una pluralidad de actores que se interconectan entre sí por medio de procesadores y proveedores de red. En los casos en que se realiza una transacción en un comercio afiliado a la red por un adquirente distinto del emisor de la respectiva tarjeta, normalmente se cobra una tasa de intercambio o interchange fee.

254. La tasa de intercambio representa una transferencia de recursos desde los adquirentes a los emisores, normalmente definida como un porcentaje del precio o ad valorem, y se traduce, en la práctica, en que al momento de efectuar la liquidación el emisor transfiere al adquirente el precio de la transacción menos la tasa de intercambio.

255. Las tasas de intercambio fijadas por las redes de pagos con tarjetas han sido analizadas extensamente en la literatura económica. En su trabajo pionero respecto de la industria de pago con tarjetas, Baxter muestra que, en competencia perfecta, la tasa de intercambio óptima permite internalizar la externalidad que producen los tarjetahabientes al utilizar este medio de pago. El modelo de Calton y Frankel muestra que estas externalidades pueden ser internalizadas, incluso sin la existencia de tasas de intercambio, si a los comercios se les permite diferenciar precios

según medio de pago (lo que, según se ha visto, no sería posible bajo la regla de no discriminación); aunque estos autores también expresan su preocupación de que tales precios puedan ser utilizados como mecanismo de colusión cuando los bancos tienen un significativo poder de mercado. Por otra parte, los trabajos de Muris (2005) y de Klein et al. (2006) concluyen que las tasas de intercambio son determinadas, finalmente, por la relación entre las elasticidades de demanda de los servicios de pago con tarjetas de tarjetahabientes y comercios. Siendo la tasa de intercambio el pago que se realiza a los emisores, si los tarjetahabientes tienen una demanda relativamente más elástica que los comercios, entonces las tasas de intercambio tenderán a ser mayores.

256. En cuanto a los incentivos para el establecimiento de las tasas de intercambio, Rochet y Tirole señalan que existen claros incentivos por parte de los comercios para disminuirlas, asumiendo que esto bajará los merchant discount, y por parte de los tarjetahabientes para incrementarlas, bajo el supuesto que esto disminuirá sus comisiones o incrementará sus beneficios. En este sentido, el óptimo social no dependerá únicamente de los costos de producir una transacción, toda vez que existen externalidades de red derivadas del uso y aceptación de tarjetas que dependen de la tasa de intercambio establecida. Así, estos autores señalan que “incluso un emisor monopolístico (respectivamente, un adquirente monopolístico) no se beneficiaría de una tasa de intercambio muy alta (respectivamente, muy baja)”. En efecto, mientras en el primer caso una tasa muy alta llevaría a una baja aceptación por parte de los comercios y, por tanto, un bajo uso de este medio de pago, en el segundo caso una tasa de intercambio muy baja haría necesario el cobro de altas comisiones a los tarjetahabientes, desincentivando la utilización de las tarjetas.

257. A juicio de Frankel y Shampine, la fijación conjunta o colectiva de tasas de intercambio permitiría a los bancos ejercer colectivamente poder de mercado, estableciendo un piso mínimo para los merchant discount. En este sentido, la fijación conjunta o colectiva de tasas de intercambio tendría un efecto similar al de un acuerdo horizontal entre los mismos bancos para establecer un merchant discount mínimo y una comisión pagadera a los bancos emisores, afectando así a comercios y tarjetahabientes. Para estos efectos, la tasa de intercambio actuaría como un costo marginal para la adquisición, limitando la competencia existente entre los adquirentes a la diferencia entre el merchant discount y la tasa de intercambio. Según estos autores, las tasas de intercambio fijadas colectivamente serían traspasadas por los adquirentes a los comercios, a través de los merchant discounts. A su vez, los establecimientos de comercio traspasarían total o parcialmente esos costos a los consumidores mediante alzas de precios en los precios de los respectivos productos o servicios.

258. Otro punto importante desarrollado en la literatura económica es la disipación de las rentas asociadas a las tasas de intercambio en el lado emisor. La principal crítica que hacen Rochet & Tirole - al modelo de Baxter -, es que este último asume que existe competencia perfecta entre los bancos, lo que lleva a disipar completamente sus rentas y traspasar todos los beneficios de una mayor tasa de intercambio a los tarjetahabientes, que también pagan un precio mayor por las compras con tarjetas. De este modo, bajo dicho supuesto, la pregunta sobre el nivel de las tasas de intercambio se vuelve no sólo imposible de responder, sino que irrelevante. Cuando se asume, por el contrario, que existe competencia imperfecta entre los bancos, las rentas no se disipan y, por tanto, la pregunta acerca del nivel de dichas tasas se torna relevante desde un punto de vista económico.

259. Atendidas éstas y otras consideraciones económicas, la fijación colectiva de las tasas de intercambio en los modelos de cuatro partes ha motivado la intervención de autoridades a nivel comparado, ya sea mediante procesos de defensa de la competencia o por intermedio de regulación sectorial. A modo ejemplar, a continuación se analizan las experiencias de Australia, los Estados Unidos de América y Europa (a nivel comunitario). Adicionalmente, en las siguientes jurisdicciones las autoridades gubernamentales han adoptado acciones respecto de la determinación de las tasas de intercambio: Canadá, China, Colombia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Israel, Italia, Letonia, Malasia, México, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Rumania, España, Sudáfrica y Suiza .

ii. Regulación y determinación de las tasas de intercambio. Experiencia comparada.

260. En Australia la Payment Systems (Regulation) Act de 1998 otorga al Reserve Bank of Australia ("RBA") la facultad para designar a ciertos sistemas de pagos como de interés público (sección 11.1). Para efectos de determinar si existe una razón de interés público que justifique tal designación, el RBA debe considerar, entre otros factores, si dichos sistemas son eficientes y competitivos (sección 8). Una vez efectuada la designación, el RBA puede imponer obligaciones de acceso abierto, fijar las tasas de intercambio o establecer estándares que deben ser cumplidos por los participantes del sistema de pagos (sección 10).

261. En particular, el RBA ha designado a los siguientes sistemas de pagos como de interés público: MasterCard (12.04.01), Visa (12.04.01), Visa débito (23.02.04), EFTPOS (12.06.12), American Express (15.10.15), MasterCard débito (15.10.15), EFTPOS prepago (15.10.15), Visa prepago (15.10.15) y MasterCard prepago (15.10.15). Adicionalmente el RBA, en ejercicio de las potestades conferidas por la Payment Systems (Regulation) Act 1998, ha impuesto obligaciones de acceso abierto y establecido estándares relativos a la fijación de tasas de intercambio y a la regulación de merchant discounts en reiteradas oportunidades.

262. En lo que respecta a la fijación de tasas de intercambio, en 2002 el RBA estableció un estándar para la fijación de tasas de intercambio para las redes de tarjetas de crédito Visa y MasterCard. Básicamente, la regulación consiste en que el promedio ponderado de las tasas de intercambio cobradas en cada red de tarjetas de crédito no debe superar una medición de costos (benchmark) incurridos por los emisores de dicha red en el procesamiento y la autorización de transacciones, en la prevención de fraudes y en el otorgamiento de períodos de interés cero. La medición de esos costos es realizada cada tres años por la RBA.

263. En virtud de lo anterior, en el año 2003 entraron en vigencia las mediciones de costos efectuadas para las redes de tarjetas de crédito Visa y MasterCard, produciendo, según el RBA, una baja en el promedio ponderado de las tasas de intercambio de 0,95 a aproximadamente 0,55 puntos porcentuales de las respectivas transacciones. En 2006 el RBA modificó la regulación, estableciendo que el estándar de costos considerado para regular la tasa de intercambio sería calculado en forma común para ambas redes. En ese mismo año se realizó una nueva medición de costos, arrojando como resultado un benchmark de 0,5 puntos porcentuales de las transacciones, tasa máxima de intercambio. Dicha tasa entró en vigor a contar de noviembre de 2006 y se ha mantenido vigente hasta la fecha, pues el RBA decidió

no efectuar las revisiones de los estándares de costos correspondientes a los años 2009-2010, 2012-2013 y 2015-2016.

264. Sin embargo, en mayo de 2016, la RBA modificó la regulación de tasas de intercambio para tarjetas de crédito. Dicha reforma, que comenzará a regir a contar del 1 de julio de 2017, en síntesis, estableció: (i) incorporar a esta regulación a la red de American Express, que funciona en Australia como sistema de tres partes; (ii) la fijación de una tasa de intercambio para tarjetas de crédito máxima de 0,8 puntos porcentuales; y (iii) el establecimiento de un límite para la tasa de intercambio promedio. Respecto de esto último, se estableció que si el valor total de las tasas de intercambio cobradas en un período de referencia (doce meses corridos, contados trimestralmente) supera el umbral de 0,5 por ciento del valor total de las transacciones con tarjetas de crédito en dicho período, los participantes en la red de pagos con tarjetas deberán ajustar las tasas de intercambio (porcentaje o monto) para llegar a dicho umbral.

265. Una metodología similar ha sido utilizada por el RBA para regular la tasa de intercambio para tarjetas de débito. En abril de 2006 se reguló la tasa de intercambio de la red EFTPOS, pagada por los emisores a los adquirentes. Luego, en julio de 2006, fue regulada la tasa de intercambio para la red de Visa débito. Para ese caso se estableció como metodología que el promedio ponderado de la tasa de intercambio no debía superar un estándar o medición de costos incurridos por los emisores en relación con el procesamiento y la autorización de transacciones y con la prevención de fraudes. Ese mismo mes la red de MasterCard débito se comprometió voluntariamente a implementar la regulación de tasa de intercambio de Visa débito. En septiembre de 2006 se realizó la primera medición de costos, arrojando un valor de 12 centavos de dólar australiano por transacción.

266. Finalmente, en mayo de 2016, el RBA estableció una nueva regulación de tasas de intercambio para tarjetas de débito y prepago. Las principales novedades de esa regulación son: (i) se fijó una tasa de intercambio máxima de 15 centavos de dólar australiano o de 0,2 por ciento del valor de la transacción, según si la tasa es fijada como monto o como porcentaje; y (ii) si el valor total de las tasas de intercambio cobradas en un período de referencia (doce meses corridos, contados trimestralmente) supera el umbral de 8 centavos de dólar por transacción, los participantes de la red deberán ajustar las tasas de intercambio (porcentaje o monto) para llegar a dicho umbral.

267. Luego de la introducción de regulación de tasas de intercambio en Australia, diversos trabajos se han ocupado de evaluar sus resultados y consecuencias. Por ejemplo, Chang et al. señala que esta regulación ha tenido como resultado un aumento de las comisiones que los emisores cobran a los tarjetahabientes, pero dicho aumento de comisiones no ha sido de igual cuantía que la disminución en las tasas de intercambio. Según los autores, el traspaso hacia los tarjetahabientes estaría entre un 30% y un 40%. Por otra parte, indican que no se ha observado que los comercios hayan traspasado los menores costos por transacción a los consumidores, sino que los han internalizado como ganancias. En cuanto a la diferenciación de precios según medio de pago, no observaron que se efectuara en la práctica, no afectando significativamente el volumen de transacciones efectuadas con tarjetas, que era el objetivo primordial de la regulación. De igual modo, durante el año 2008 CRA International emitió un reporte que concluye que las reducciones en las tasas de intercambio han dañado a los consumidores, pues han causado mayores

comisiones por parte de los emisores y reducciones de valor en los programas de beneficios que éstos ofrecen. Si bien encuentra que las bajas en tasas de intercambio se han traducido en menores merchant discounts, no observa que estas bajas se hayan traspasado a los precios finales cobrados por los comercios. Por último, Shampine critica los dos trabajos anteriores, indicando que éstos miden sólo parte del "precio de dos lados" (definido como la suma de los costos netos para tarjeta-habientes y comercios). Señala, además, que dichos trabajos presentan errores que sesgan sus resultados, como por ejemplo el no controlar por la evolución de los indicadores financieros, que podrían explicar parte de los incrementos en costos y tasas de interés a los tarjetahabientes. El autor concluye que el efecto promedio de esta regulación fue una disminución del "precio de dos lados", tanto por compra efectuada como por cuenta.

268. En el caso de Estados Unidos, la Enmienda Durbin, aprobada en 2010 por el Congreso de ese país como parte de la Dodd-Frank Act, modificó la Electronic Fund Transfer Act de 1978 e implicó una regulación de las tasas de intercambio para transacciones de débito, la exclusividad en la adquirencia y las reglas de enrutamiento preferente de las transacciones.

269. En lo que respecta a las tasas de intercambio, la Enmienda Durbin otorgó al Board of Governors of the Federal Reserve System (en adelante, indistintamente, el "FRS") la atribución para regular las tasas de intercambio que un emisor recibe o puede debitar en relación con una transacción electrónica de débito (Sección 920.a.1.). Como regla general, se estableció que la tasa de intercambio que un emisor tiene derecho a recibir debe ser razonable y proporcional a los costos incurridos por el emisor respecto de la transacción (Sección 920.a.2.), otorgando al FRS la facultad de fijar estándares para determinar si el monto de una determinada tasa de intercambio es razonable y proporcional a los costos (Sección 920.a.3).

270. Para efectos de fijar tales estándares, la FRS debe considerar la semejanza funcional entre las transacciones electrónicas de débito y transacciones con cheques que deben ser liquidadas a valor nominal (Sección 920.a.4.A.). También se debe distinguir, por una parte, el costo incremental incurrido por un emisor por cumplir tal rol en la autorización y liquidación de una transacción electrónica de débito –que debe ser considerado en la fijación de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad–, y por otra parte, otros costos incurridos por el emisor que no son específicos a una transacción de débito en particular –que no deben ser considerados para esos efectos (Sección 920.a.4.B.). Asimismo, la enmienda también contempla que las tasas de intercambio determinadas por la FRS pueden ser ajustadas al alza en función de costos incurridos en la prevención de fraudes (Sección 920.a.5.).

271. En cumplimiento del mandato otorgado por la Enmienda Durbin, el 20 de julio de 2011 la FRS publicó la Regulation II sobre tasas de intercambio para tarjetas de débito y routing.

272. Después de recibir los comentarios de la industria, la FRS estableció (12 CFR § 235.3.) que cada emisor puede cobrar tasas de intercambio que no excedan la suma de un componente fijo máximo (21 centavos de dólar) y de un componente ad valorem de 5 puntos base sobre el monto de la transacción. La FRS prefirió determinar un estándar basado en un emisor representativo para una transacción

representativa, dado que, según dicho organismo, la fijación de un estándar fijado en función de las características de transacciones específicas habría impuesto una significativa carga regulatoria a los emisores y a las redes, y habría sido de difícil monitoreo y cumplimiento.

273. Kay, Manuszak y Vojetk señalan que, tras la entrada en vigencia de esta enmienda, los ingresos por tasa de intercambio para transacciones de débito disminuyeron, lo que fue compensado sólo parcialmente por los bancos a través de alzas en otros cargos, como por ejemplo aquellos cobrados a los depósitos.

274. Por su parte, Fumiko Hayashi, en distintos trabajos, analizó los impactos de la Enmienda Durbin y la Regulation II en el mercado estadounidense. Sus principales conclusiones en cuanto al impacto de la regulación de las tasas de intercambio son las siguientes: (i) las tasas de intercambio para los bancos regulados se redujeron, en promedio, a la mitad; (ii) la regulación de las tasas de intercambio generó que los bancos fomentaran la utilización del PIN como medio de autenticación, en desmedro de la firma, debido a que la primera tiene menores costos operacionales (antes de la regulación los bancos incentivaban el uso de firma, pues obtenían mayores márgenes); (iii) la mayoría de los bancos redujo o eliminó los programas de premio para tarjetas de débito; (iv) varios bancos regulados intentaron introducir nuevas tarifas mensuales a los consumidores, pero desistieron ante la presión pública; (v) la participación de mercado de la red de débito más grande (Visa) se redujo frente al crecimiento de sus competidores; (vi) los efectos de la regulación de las tasas de intercambio en los comercios variaron según sector económico, monto de la transacción, tamaño del comercio, tipo de sistema de autenticación utilizado (PIN o firma) y estructura tarifaria empleada por los adquirentes; (vii) parte de los ahorros experimentados por los comercios se traspasaron a los consumidores, dependiendo del grado de competencia de los mercados en los que participan los comercios y la curva de demanda de los consumidores; (viii) la industria de tarjetas de débito se volvió más eficiente como consecuencia de la mayor utilización de PIN como medio de autenticación; y (ix) se produjo una migración de transacciones de las tarjetas de débito a las tarjetas de crédito, que son socialmente más costosas, pero que proveen beneficios adicionales a los consumidores (períodos de gracia, crédito, etc.).

275. Finalmente, en el caso europeo, la primera decisión de la Comisión Europea sobre esta materia ocurrió el 9 de agosto de 2001, en el llamado caso “Visa I”. Dicha decisión permitió de manera excepcional la práctica de las reglas de no discriminación”, HAC y NAWI. Sin embargo, se excluyó expresamente de esta excepción las materias referidas a tasas de intercambio.

276. Posteriormente, el 24 de julio de 2002, la Comisión se pronunció nuevamente sobre la situación de Visa, en el denominado caso “Visa II”. Esta vez, se estableció una exención temporal que permitió las tasas de intercambio intrarregionales en todo tipo de tarjetas Visa. Lo anterior se basó en que si bien estas tasas constituyen una restricción a la competencia, pueden generar eficiencias y economías dentro de una red de pago entre los bancos de la competencia. Esta exención estuvo vigente hasta diciembre de 2007; luego de dicho plazo la Comisión examinó nuevamente las tasas de intercambio de Visa y de otros operadores en la industria.

277. En el marco de estas investigaciones, destaca la decisión de 19 de diciembre de 2007 sobre el caso MasterCard Europe SPRL (“MasterCard”). Esta empresa

aplicaba una tasa de intercambio calculada en base a un modelo que, finalmente, determinaba un precio mínimo que los comercios debían pagar por aceptar las tarjetas MasterCard. La Comisión estimó que dicha tasa infringía el art. 101 del TFUE al restringir la competencia, ya que la tasa de intercambio aumentaba la base sobre la cual los bancos adquirentes aplican los precios a los comerciantes para aceptar las tarjetas, sin que MasterCard probara ninguna eficiencia derivada de dicha tasa. Así, la Comisión otorgó un plazo de 6 meses a MasterCard para adecuar sus tasas de intercambio a las normas del TFUE.

278. Mastercard impugnó la resolución. Sin embargo, a la espera del fallo la empresa se comprometió a reducir sus tasas de intercambio a 0,3% para transacciones con tarjetas de crédito y 0,2% para tarjetas de débito entre otras medidas como la publicación de las tasas de intercambio y la posibilidad de tener varios adquirentes. Finalmente la decisión de la Comisión fue confirmada por la Corte General (24 de mayo de 2012) y por el Tribunal de Justicia Europeo (11 de septiembre de 2014).

279. Por otro lado, el año 2008 la Comisión investigó a Visa Europa, Visa Inc. y Visa International Service Association ("Visa"). En opinión de la Comisión, las tasas de intercambio cobradas por Visa aumentaban la base sobre la cual los adquirentes establecían los cargos por servicios comerciales, creando un importante costo común para todos los adquirentes y con ello se restringía la competencia en el mercado de adquirencia, afectando a comerciantes y consumidores. En respuesta a esta investigación, Visa se comprometió a reducir la tasa de intercambio media ponderada de las tarjetas de débito al 0,2%. Asimismo, Visa, al igual que MasterCard, se obligó a una serie de medidas para aumentar la transparencia y la competencia en el mercado de tarjetas de pago.

280. Finalmente, mediante el Reglamento N° 751/2015 antes citado, la Unión Europea impuso tasas de intercambio máximas para tarjetas de débito y crédito. En particular, se estimó que la fijación de tasas de intercambio máximas y la prohibición de licencias con restricciones territoriales favorecería el desarrollo de la adquirencia transfronteriza de comercios.

281. En el caso de las tarjetas de débito, el Reglamento estableció una tasa de intercambio máxima de 0,2% para transacciones transfronterizas (artículo 3.1. del Reglamento), mientras que para las transacciones de débito domésticas los Estados Miembros podrán establecer una tasa de intercambio máxima más baja que la fijada por la regulación para transacciones transfronterizas, imponer un tope monetario a la tasa de intercambio fijada ad valorem, o establecer una tasa de intercambio por transacción de no más de € 0,05 o su equivalente en moneda local para países que no utilizan el euro como moneda (artículo 3.2. del Reglamento). Adicionalmente, hasta diciembre de 2020 los Estados Miembros pueden permitir que el promedio ponderado de las tasas de intercambio no supere el equivalente al 0,2% del valor promedio de una transacción con débito.

282. Para el caso de las transacciones con tarjetas de crédito, la tasa de intercambio máxima fijada por la Unión Europea es de 0,3% del valor de la transacción, sin perjuicio de la facultad de los Estados Miembros para fijar límites o caps más bajos para las transacciones de crédito domésticas (artículo 4).

283. Los niveles máximos de las tasas de intercambio fueron calculados usando la prueba de indiferencia para el comerciante, que muestra "el nivel de la tasa que un

comerciante estaría dispuesto a pagar si tuviera que comparar el coste de la utilización por parte del cliente de una tarjeta de pago con el de los pagos no efectuados con tarjeta” (Reglamento 751/2015, numeral 20). En otras palabras, se calcula cuánto costaría al comercio una transacción con efectivo, y se establece tal nivel para los descuentos por recibir un pago con tarjeta, de modo que no exista un subsidio de un tipo de cliente al otro, pues todos tienen el mismo costo para el comercio.

VI.4 Actuación conjunta de los emisores en la adquirencia

284. Uno de los mayores riesgos anticompetitivos que pueden presentarse en esta industria está dado por la operación conjunta de los emisores en la adquirencia. Tal riesgo, propio de toda operación conjunta entre rivales, se ve exacerbado cuando los emisores actúan prescindiendo de la competencia en el mercado relacionado de la adquirencia.

285. De acuerdo al informe acompañados a fojas 1010, dos serían los tipos de actuaciones posibles que los bancos podrían realizar de manera colectiva para ejercer poder de mercado sobre los comercios y extraer, así, parte del excedente generado por la aceptación de tarjetas como medio de pago: por una parte, la fijación de tasas de intercambio altas que mantienen altos los merchant discounts cobrados a los comercios, incluso en el evento de existir competencia en la adquirencia (modelo de cuatro partes tradicional); por otra, la monopolización directa de la adquirencia (modelo de cuatro partes con integración vertical entre emisores y adquirente). Atendido el objeto de la presente recomendación normativa, el primer caso no es relevante para efectos del análisis, por lo que en lo sucesivo sólo se desarrolla el segundo caso de actuación conjunta de los emisores.

286. La aludida integración se produce cuando un grupo de emisores crea una nueva entidad, jurídicamente independiente pero relacionada con ellos –un joint venture– que desarrolla las funciones de adquirencia. En virtud de lo anterior, esta estructura supone, además de la integración vertical, otra de naturaleza horizontal o actuación conjunta de los emisores en adquirencia.

287. La integración vertical entre emisores y adquirente permite prescindir de la existencia de una tasa de intercambio explícita, pues todas las transacciones pueden ser caracterizadas como on-us. Esto no implica que no exista transferencia de recursos desde la adquirencia a la emisión, pero ella se realiza por otras vías y utilizando otras nomenclaturas. Una de ellas consiste en caracterizar esa transferencia como un retiro de utilidades o una distribución de dividendos, en cuyo caso sólo se benefician los emisores socios o accionistas de la entidad adquirente. Una segunda alternativa consiste en que el adquirente transfiera directamente los merchant discounts a los emisores, descontando de ellos su tarifa por la función adquirente, hipótesis en las que se beneficia indistintamente a los emisores propietarios como los no propietarios, en proporción a las transacciones efectuadas con sus tarjetas en los comercios. En este último caso implica la existencia de una tasa de intercambio implícita, definida como los ingresos por los merchant discounts menos los pagos al adquirente, divididos por los montos transados. Si bien la fijación de tasas de intercambio puede, dependiendo de su magnitud, reducir la competencia en precios en la adquirencia, la integración vertical entre adquirente y emisores –actuando conjuntamente– permite que éstos puedan fijar los merchant discounts por sobre el nivel que existiría en un mercado competitivo. En palabras de la Comisión Europea:

"[e]n varios Estados Miembros, la adquisición de transacciones con Visa o MasterCard la realiza un operador monopolístico. Estos adquirentes operan como empresas en participación de bancos históricos que al mismo tiempo emiten tarjetas en ese mercado. Esta situación puede permitir a los emisores ejercer un significativo poder de mercado y, en consecuencia, puede llevar a unas tasas de descuento no competitivas".

288. Adicionalmente, según el informe presentado a fojas 1010, la existencia de un adquirente monopolista que pertenece conjuntamente a los bancos también elimina la competencia en otras variables, tales como la provisión de POS, calidad de servicio, servicio técnico, confiabilidad, velocidad, prevención de fraudes, resolución de controversias o contabilidad (fojas. 989 a 991).

289. Un último problema que mostraría el modelo con integración vertical entre adquirente y emisores –y que ha sido identificado en el informe acompañado a fojas 1010, específicamente en las fojas. 989 a 991– es que, en el evento que la política tarifaria del adquirente fuera obtener una utilidad cero, los emisores no propietarios recibirían los mismos beneficios de la adquirencia que los emisores propietarios. Como consecuencia de lo anterior, los emisores no propietarios podrían ver reducidos sus incentivos a desarrollar una entidad adquirente que desafíe al incumbente. Este riesgo permanece, aunque atenuado, si la política tarifaria del adquirente estableciese un límite a su rentabilidad (como, según se verá, es el caso de Transbank en Chile).

VI.5 Experiencia comparada respecto de ausencia de competencia directa en la adquirencia producto de actuaciones conjuntas o acuerdos entre bancos

290. A nivel comparado es posible constatar diversos casos de falta de competencia directa en la adquirencia. En general, dichos casos obedecen a tres categorías diversas: (i) adquirentes monopólicos o dominantes integrados verticalmente con los emisores; (ii) adquirencia desconcentrada, pero fijación conjunta de merchant discount por los emisores integrados verticalmente con la primera; y, (iii) múltiples adquirentes, pero algunos exclusivos para ciertas marcas de tarjetas. A continuación, se exponen ejemplos concretos de cada uno de estos casos.

291. Como se verá, el modelo chileno en la industria de pagos con tarjetas se basa en una integración vertical entre emisión y adquirencia y en un único adquirente respecto de tarjetas de aceptación universal (producto de un joint venture entre emisores). Sin embargo, existen otros modelos en el mundo de adquirentes monopólicos o dominantes, integrados verticalmente con los emisores. A modo ejemplar, es posible citar los casos de Austria, Bélgica, Chipre, los Países Bajos y Portugal.

292. En el caso de Austria, Austria Zahlungverkehrssysteme GmbH ("Europay") era el principal proveedor de tarjetas de pago y de sistemas de pago, con una participación de mercado de 85%-90%, y era, a su vez, filial de casi todos los bancos austriacos. Cuando Easycash, un competidor de Europay, presentó una acción en contra del actor dominante, la acción fue apoyada por la Bundeswettbewerbsbehörde, la autoridad federal de competencia austriaca. En 2003 el Tribunal de Competencia de Austria acogió la demanda, estimando que Europay y sus accionistas habían incurrido en un cartel en la provisión de servicios de pagos con tarjetas. La decisión se basó en la imposición de barreras a la competencia (los bancos austriacos sólo

podían adquirir acciones en un competidor de Europay previa aprobación por esta última) y en los altos cobros efectuados por Europay por la utilización de sus terminales POS. La multa finalmente impuesta a Europay fue de 7 millones de euros.

293. En el caso de Bélgica, Banksys fue formada por la fusión de dos sistemas de pago con tarjetas de débito que operaban en ese país. Hasta el otoño de 2006 Banksys era filial de los cuatro principales bancos belgas, que a su vez controlaban a Bank Card Company ("BCC"), que actuaba como adquirente de las principales tarjetas de crédito, incluyendo Visa y MasterCard. La autoridad belga de competencia presentó dos acusaciones en contra de Banksys en 2002 y 2003 relativas a precios excesivos y discriminación de precios en el cobro de merchant discounts, precios excesivos en terminales POS, y subsidios cruzados entre los mercados de tarjetas de débito y el mercado de terminales POS. La investigación concluyó con los siguientes compromisos por parte de Banksys: (i) establecer precios máximos de arriendos de terminales hasta el 1 de julio de 2009; (ii) separar comercialmente los mercados de la adquirencia y de arriendo de terminales; (iii) eliminar la discriminación tarifaria entre comercios grandes y pequeños relativa a la tarifa plana por transacción. Se debe destacar que el cobro de tarifas planas por transacción –en oposición al cobro de tarifas ad valorem– es una característica del sistema belga de tarjetas de débito. Ello explicaría que, en la actualidad, el sistema belga sea particularmente barato en comparaciones internacionales. La autoridad de competencia belga estima que los compromisos de Banksys, sumados a la mantención de la tarifa plana por transacción pese a la migración de las tarjetas de débito Bancontact/MisterCash a la red Maestro de MasterCard, habría generado beneficios sociales de al menos €15 millones al año.

294. En Chipre existía hasta el año 2008 un único adquirente, JCC Payments Systems Limited ("JCC"), un joint venture entre los principales bancos del país. El año 2008 ingresó a Chipre FBME Card Services Limited ("FBME"), filial de un banco de Tanzania. En 2010 FBME presentó una denuncia ante la autoridad de competencia de Chipre, alegando que JCC y los bancos emisores violaban la libre competencia a través de la fijación de altas tasas de intercambio domésticas (generando rentas para los bancos emisores) y la fijación de bajos merchant discounts luego de la entrada de FBME (precios predatorios). La suma de ambas prácticas generaría un cierre en el mercado de la adquirencia en Chipre. La denuncia también se extendió a la negativa del Banco de Chipre, en cuanto único licenciatario de AMEX en el país, de permitir a FBME el procesamiento de dichas tarjetas.

295. De acuerdo con lo informado en el sitio web de la autoridad chipriota de competencia, JCC ya había sido sancionada en 2005 por abusar de su posición dominante en los cobros efectuados por sus servicios y por arrendamiento de POS, así como por excluir la competencia por la adquirencia mediante una cláusula que le permitía poner término a los servicios prestados a un emisor si éste competía directa o indirectamente en la adquirencia de comercios en Chipre.

296. En el caso de los Países Bajos, en 1994 ocho bancos fundaron Interpay Nederlands B.V. ("Interpay"), que actuaba como matriz de una serie de sociedades de servicios interbancarios, incluyendo la provisión de servicios de red para transacciones con tarjetas de débito utilizando PIN. Interpay no sólo cumplía funciones de procesamiento, sino que además se desempeñaba como un adquirente centralizado.

297. En 2002 la autoridad de competencia (entonces llamada *Nederlandse Mededingingsautoriteit* o "NMa") inició una investigación en contra de Interpay y sus ocho accionistas. A juicio de la NMa, Interpay tenía una posición dominante en la provisión de servicios de red para la aceptación de tarjetas de débito y había abusado de la misma mediante el cobro de precios excesivos. Además, estimó que los bancos habían alcanzado un acuerdo restrictivo de la competencia al concentrar en Interpay la función adquirente, eliminando la competencia entre ellos. Como consecuencia de lo anterior, la NMa impuso a Interpay una multa de € 30 millones y a los bancos multas de entre €0,5 millones a €3,9 millones, las que totalizaban €17 millones.

298. Como consecuencia de la intervención de la autoridad, desde el año 2004 los bancos realizan independientemente las funciones de adquirencia. Adicionalmente, en 2005 se creó, a partir de Interpay, Currence, una sociedad encargada de la certificación de entrantes para la provisión de servicios asociados a los medios de pago PIN y Chipnik, lo que implicó la transferencia de ciertas marcas por parte de Interpay. Finalmente, los bancos y los retailers alcanzaron un acuerdo (*Payment Services Covenant*), que implicó la reducción de las tarifas para pagos con PIN y el establecimiento de un fondo de innovación financiado por los bancos y destinado al desarrollo de un sistema de pagos más eficiente y barato.

299. La decisión de la NMa fue objeto de revisión administrativa ante la misma agencia, quien finalmente redujo las multas a los bancos a € 14 millones en total y se abstuvo de aplicar una multa a Interpay por precios excesivos, por estimar que se requería una investigación más exhaustiva.

300. De acuerdo con un informe del año 2007 de la Comisión Europea, los contratos renegociados entre los bancos adquirentes y los comercios en los Países Bajos se habrían traducido, en promedio, en ahorros de un 7,4%.

301. En Portugal, Unicre actuaba como único adquirente para las tarjetas de crédito de marcas Visa y MasterCard. Se trataba de una sociedad de propiedad de los bancos emisores. Pese a que la adquirencia se había liberalizado en 1991, Unicre no tuvo competencia hasta fines de 2005, cuando ingresó a operar como adquirente la red Netpay, de propiedad de Banco Portugués de Negocios. Al cabo de un año, Netpay habría alcanzado una participación de mercado de cerca del veinte por ciento y habría provocado reducciones de tarifas por parte de Unicre de 4,5% a 2,5% para tarjetas de débito y 2,5% a 1,8% para tarjetas de crédito. Luego habría ingresado la red Netcaixa (Informe Inclusión Financiera y Medios de Pago Electrónicos, fojas. 689).

302. En lo que respecta a la segunda categoría de falta de competencia en la adquirencia, indicada en el párrafo 290, esto es, la fijación conjunta de merchant discount por emisores que operan desconcentradamente en la adquirencia, es posible citar como ejemplos los casos de Corea del Sur, Colombia e Italia.

303. En el caso de Corea del Sur, BC era un joint venture de once bancos que operaba un sistema de tarjetas de crédito de cuatro partes. Los bancos desarrollaban las relaciones comerciales con los tarjetahabientes y los comercios, mientras que BC emitía las tarjetas de crédito y cumplía labores de marketing. Los merchant discount eran fijados colectivamente por los bancos y BC (OECD (2006). En mayo

de 2004 BC y los bancos decidieron aumentar los merchant discounts promedio desde 1,5% a 2% para 42 categorías de comercios.

304. En 2005 la Korean Fair Trade Commission (“KFTC”) determinó que la fijación colectiva de merchant discounts por BC y los bancos era anticompetitiva, pues se refería a una variable de competencia clave entre compañías de tarjetas de crédito. La cooperación legítima a través de BC en otros aspectos no era óbice para llegar a esa conclusión. La multa impuesta fue de 10.092 billones de Won.

305. En el caso de Colombia, en 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) inició una investigación en contra de las redes de tarjetas Redeban y Credibanco, la cual concluyó con la suscripción de dos acuerdos, aprobados mediante resoluciones N° 6816-2005 y 6817-2005. Los principales compromisos asumidos por las redes fueron los siguientes: (i) los merchant discount no serán fijados por las redes de tarjetas, sino que individualmente por cada banco adquirente; y (ii) cada red de tarjetas fijará independientemente las tasas de intercambio, las que deberán basarse en los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencia de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, más la utilidad establecida por la Red para la operación del negocio”.

306. En el año 2011 la SIC inició un nuevo proceso investigativo sobre la fijación de tasas de intercambio, investigación que fue cerrada el 28 de junio de 2012 mediante Resolución de la SIC N° 40478. Los fundamentos de dicha decisión radican en el compromiso de los emisores de implementar un modelo para la determinación de las tasas de intercambio denominado REMI. En dicho modelo la Bolsa de Valores de Colombia determina la tasa de intercambio a partir de la medida obtenida de las votaciones efectuadas de manera independiente por los establecimientos bancarios.

307. En el caso de Italia, en 1986 fue constituida Servizi Interbancari, una compañía de propiedad de los principales bancos italianos y la asociación de bancos de Italia. Servizi Interbancari proveía servicios relativos a la emisión y adquirencia de las tarjetas marca Visa y MasterCard, y cambió su nombre a CartaSi en 2003. Según información entregada por la OECD en 2006, CartaSi era la principal red en términos de emisión y adquirencia en Italia.

308. En 2003 el Banco de Italia –autoridad encargada de temas de competencia en el sector bancario hasta 2006– concluyó una investigación en contra de Servizi Bancari. En virtud de dicha investigación resultaron acreditados los siguientes hechos: (i) hasta 1994 Servizi Bancari fijaba las comisiones que los bancos debían cobrar en la emisión y la adquirencia; (ii) desde 1994 Servizi Bancari recomendaba las comisiones que los bancos debían cobrar, pero éstos eran libre para fijar otro valor; (iii) existían comités al interior de Servizi Bancari en los que los bancos discutían la evolución de los merchant discounts; y, (iv) el cobro de montos distintos a los sugeridos por parte de los bancos estaba sometido a un procedimiento de autorización previo. El Banco de Italia estimó esas dos últimas situaciones como restrictivas de la competencia y multó a Servizi Bancari con €500.000.

309. Finalmente, los casos de Brasil e Israel constituyen ejemplos de la tercera categoría de falta de competencia en la adquirencia, indicados en el párrafo 290,

esto es, casos de pluralidad de adquirentes con existencia de adquirentes únicos para determinadas marcas de tarjetas.

310. En Brasil, hasta el 2010 existían tres redes de adquirencia: Redecard, como único adquirente de MasterCard; Cielo (antes Visanet) como único adquirente de Visa; y Tecban, como único adquirente de la marca local de tarjetas de débito Cheque Eletrônico.

311. En 2009 el Banco Central de Brasil realizó un estudio sobre el mercado de pagos con tarjetas de crédito y débito, concluyendo que: (i) existía alta concentración, tanto en la emisión como en la adquirencia; (ii) existía una alta integración vertical entre adquirencia y procesamiento; (iii) existía un alto nivel de discriminación de precios en la adquirencia por segmento; (iv) existía una correlación significativa entre altas tasas de intercambio y altos merchant discounts, con tasas de traspaso de 100% o más; (v) las utilidades de los adquirentes habían crecido un 300% entre 2003 y 2007, lo que no se condecía con la evolución de otros parámetros en la industria o el nivel de riesgo envuelto en la actividad; y (vi) los cobros efectuados por los adquirentes a los comercios por arriendo de terminales POS eran suficientes para financiar, por sí mismos, los activos fijos de los adquirentes Visanet y Redecard.

312. Con esos antecedentes, el Banco Central de Brasil llegó al siguiente diagnóstico: (i) existía espacio para reducir los costos mediante la interconexión de redes; (ii) la separación entre las actividades de procesamiento y adquirencia debiera reducir los costos de entrantes; (iii) Visanet y Redecard tenían un poder de mercado significativo, derivado de la existencia de barreras legales y contractuales a la entrada, la alta integración vertical y la ausencia de interconexión; (iv) las asimetrías de información entre los agentes de mercado impedían que el mercado se disciplinara a sí mismo; y (v) ciertas cláusulas contractuales comunes en el sistema de pagos tendrían un impacto restrictivo en la competencia (exclusividad entre adquirencia y marcas internacionales; no surcharge rule, entre otras).

313. En virtud del reporte del Banco Central de Brasil, la entonces existente Secretaría de Derecho Económico (SDE) del Ministerio de Justicia (encargada de investigar temas de competencia) inició una investigación en contra de Visa y su adquirente VisaNet, destinada a poner término a la relación de exclusividad entre ambas. El proceso terminó con la aprobación de un acuerdo por el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Dicho acuerdo, en términos simples, implicó que tanto Visa emitiera nuevas licencias de adquirencia como que VisaNet afiliara comercios para otras marcas. Como consecuencia de esas medidas, se produjo el ingreso de nuevos adquirentes al mercado (GetNet, Elavon y Tsys, de acuerdo con el Informe Interministerial de 2013, fojas 685.), disminuyeron los merchant discounts (16% en un año) y mejoró la calidad del servicio (Informe acompañado a fojas 1010, citando a Pinho 2011 y Xie 2012, traducción fojas 993 y 994).

314. Finalmente, en el mercado de tarjetas de crédito en Israel existía un duopolio hasta 1998. Por una parte estaba Isracard, de propiedad del principal banco de Israel (Hapoalim) y que emitía tarjetas de las marcas Isracard (nacional), MasterCard y American Express (internacionales). Por otra parte estaba CAL, de propiedad de los bancos Leumi (65%) e Israel Discount Bank (35%), y que emitía tarjetas Visa (bajo la marca Visa CAL) y Diners. Otros bancos de gran tamaño tenían licencias emisoras de Visa, pero la adquirencia era realizada exclusivamente por CAL.

315. La autoridad de competencia de Israel ordenó a Leumi e Israel Discounts (IDB) disolver su joint venture en CAL, por estimar que constituía una restricción ilegal de la competencia. En febrero de 2000 IDB compró la participación de Leumi en CAL. Por su parte, Leumi constituyó su propia filial de tarjetas de crédito y empezó a emitir su propia marca (Visa Leumi) en 2001.

316. En 2001 la autoridad de competencia de Israel impuso a CAL y Leumi la obligación de emitir tarjetas marca MasterCard y adquirir comercios para dicha marca como una condición para aprobar un acuerdo de cooperación entre CAL y Leumi relativo a la adquirencia de comercios. A fin de lograr ese propósito, en agosto de 2002 la autoridad de competencia llegó a un acuerdo con Isracard para poner término a su exclusividad para la emisión de tarjetas MasterCard. Como reacción a la emisión de tarjetas MasterCard por parte de CAL y Leumi, Isracard empezó a emitir tarjetas marca Visa (Gilo y Spiegel (2005)).

VI.6 Efectos de la falta de competencia en la adquirencia

317. La restricción o la ausencia de competencia en la adquirencia -sea como consecuencia de la fijación de tasas de intercambio altas o sea producto de la integración vertical entre emisores en un único adquirente, según se ha visto en la sección precedente- se traduce, en primer término, en mayores merchant discount que los que se apreciarían en un escenario competitivo; y en la medida que los merchant discount sean traspasados a los consumidores, la falta de competencia en la adquirencia implica, en general, precios más altos a nivel de retail. Por esto, las tasas de intercambio han sido calificadas por algunos como un impuesto privado a las ventas (por ejemplo, véase fojas 918 de informe acompañado a fojas 1010). Un problema adicional en torno a este mayor merchant discount se produciría porque la regla de no discriminación impuesta por los sistemas de tarjetas implicaría, a su vez, que los mayores costos son distribuidos uniformemente entre los consumidores, lo que se traduciría en un subsidio cruzado de los consumidores no bancarizados - que tienden a ser más pobres- a los consumidores bancarizados (fojas 919, informe acompañado a fojas 1010).

318. En segundo término, una menor competencia en la adquirencia se podría traducir en una menor cobertura del sistema de pagos, pues comercios que estarían dispuestos a unirse a la red a merchant discounts competitivos se abstendrían de hacerlo ante merchant discounts más altos. En relación con este punto, los datos de Australia demostrarían una asociación entre menores tasas de intercambio y mayores tasas de aceptación de tarjetas de pago (fojas 919 a 920, informe acompañado a fojas 1010).

319. Por el contrario, la evidencia revelaría que la competencia efectiva en la adquirencia se traduciría en mejores condiciones comerciales para los comercios.

320. En efecto, en el caso australiano el informe antes citado sostiene que el margen adquirente (merchant discounts menos interchange fees) para transacciones con tarjetas de crédito y débito se habrían reducido respectivamente en un 35,6% (sep 2003 - dic 2007) y 27,8% (sep 2006 - dic 2007). En Brasil no existía competencia intramarcaria, hasta que en 2010 se eliminó la exclusividad sobre marcas de tarjetas, logrando la competencia entre adquirentes. Tras este cambio regulatorio, los cargos a los comercios disminuyeron y la calidad de servicio mejoró, según el informante. En efecto, dentro del primer año de aplicación de esta regulación, los merchant discounts disminuyeron en

un 16% (informe de fojas 1010, fojas 994). En Holanda, la introducción de competencia en la adquirencia, en conjunto con la presión regulatoria y la atención del público sobre el nivel de los merchant discounts, hicieron que éstos disminuyeran para las tarjetas de débito entre un 18% y un 21% entre los años 2003 y 2006.

321. Finalmente, un tercer riesgo de la falta de competencia en la adquirencia, vinculado específicamente a la integración vertical entre emisores y adquirente, es la creación de barreras a la entrada para nuevos competidores, tanto en la adquirencia como en la emisión.

322. En lo que respecta a las dificultades de entrada en la adquirencia, la Comisión Europea ha señalado que "la existencia de joint ventures en servicios de adquirencia puede efectivamente impedir a un adquirente extranjero hacer una oferta competitiva a los comerciantes locales".

323. En términos similares, el Informe Interministerial sobre medios de pago de 2013 indicó: "no es posible desconocer que todo eventual nuevo entrante al mercado de la adquirencia de las tarjetas de crédito y débito bancarias en Chile se verá enfrentado a la dificultad de tener que competir con un solo incumbente, que es de propiedad de todos los emisores de dichas tarjetas, quienes a través de este vehículo, que opera la red, realiza la operación de las tarjetas y también afilia a los comercios y fija los términos comerciales con éstos, y en dónde el merchant discount que se cobra a los comercios pasa íntegro a los emisores bancarios (...) [p]ese a la inexistencia de barreras regulatorias o legales a la entrada de nuevos competidores, por un lado, y el avance y abaratamiento de la tecnología por el otro, actualmente en Chile no hay competidores a Transbank en el mercado de la operación y afiliación de tarjetas de crédito y débito bancarias o en partes de él"(fojas 704).

324. Finalmente, el informe acompañado a fojas 1010 señala otro problema derivado de la falta de competencia en adquirencia. El informante indica que "los comercios que aceptan una marca de tarjeta tienden a tener una demanda inelástica respecto de los servicios de aceptación de dicha marca", dado que de no aceptarla podrían perder tales ventas frente a sus rivales. De este modo, concluye, para cada una de las marcas de tarjetas "si existe un solo adquirente al que el comercio se puede acercar para obtener los servicios de aceptación de tarjetas, ese adquirente puede ejercer un gran poder de mercado sobre el comercio" (fojas 978 y 979).

VII. La industria de pagos con tarjetas en Chile

325. Habiendo analizado en general las características de la industria de pagos con tarjetas, tanto de manera teórica como de acuerdo a la experiencia comparada, y las condiciones que determinan la competencia en ella, corresponde examinar en particular la situación en Chile. Para estos efectos, el análisis sigue una estructura similar al anterior, haciendo referencia primero a la estructura (en esta sección) y luego al desempeño (en la sección siguiente).

VII.1. Actores que intervienen en la industria chilena de pagos con tarjetas

326. Este capítulo comienza describiendo los actores más relevantes que participan en la industria de pagos con tarjetas en Chile, sus respectivos roles y otros aspectos relevantes.

327. En primer término, desde la perspectiva de la emisión, es necesario diferenciar entre tarjetas de débito y crédito. Respecto de las primeras, la regulación vigente permite que la emisión sea realizada sólo por bancos y cooperativas de ahorro y crédito, de modo que en la industria sólo participan como emisores de tarjetas de débito estas instituciones.

328. Los cuadros Nos 1 y 2 muestran las participaciones de mercado de las diversas instituciones financieras en términos de tarjetas de débito por emisor, y según el número de operaciones y montos involucrados en éstas, respectivamente.

Cuadro N°1:
Participaciones de mercado en términos de tarjetas de débito vigentes por emisor a septiembre de 2016

Institución	Titulares	Adicionales	Total	Participación de mercado
BICE	101.447	5.061	106.508	0,49%
BBVA	692.831	25.158	717.989	3,32%
Banco de Chile	3.441.508	228.451	3.669.959	16,98%
BCI	1.506.854	98.478	1.605.332	7,43%
BancoEstado	10.202.992	82.321	10.285.313	47,60%
Banco Falabella	702.515	8.676	711.191	3,29%
Banco Internacional	4.138	1.855	5.993	0,03%
Santander	3.403.180	128.703	3.531.883	16,34%
Security	70.469	8.793	79.262	0,37%
Banco París	0	0	-	0,00%
Itaú-Corpbanca	496.229	58.709	554.938	2,57%
Coopeuch	17.178	376	17.554	0,08%
Scotiabank	263.731	14.514	278.245	1,29%
Banco Consorcio	44.948	0	44.948	0,21%
Total	20.948.020	661.095	21.609.115	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de información de www.sbif.cl

Cuadro N° 2:
Participaciones de mercado según número de operaciones con tarjetas de débito y montos involucrados en éstas, a septiembre de 2016.

Institución	Transacciones de débito		Participación de mercado	
	N° operaciones	Monto	N° operaciones	Monto
BICE	679.744	25.521.102.444	0,79%	0,85%
BBVA	3.050.443	105.525.855.428	3,55%	3,53%
Banco de Chile	3.743.433	117.326.849.738	4,36%	3,92%
BCI	11.805.558	447.892.702.159	13,74%	14,96%
BancoEstado	42.631.545	1.514.305.303.744	49,61%	50,59%
Banco Falabella	4.785.945	153.530.046.095	5,57%	5,13%
Banco Internacional	16.691	547.612.225	0,02%	0,02%
Santander	12.989.684	418.333.102.634	15,12%	13,98%
Security	642.320	20.172.943.120	0,75%	0,67%
Banco París	0	0	0,00%	0,00%
Itaú-Corpbanca	3.274.176	111.083.041.309	3,81%	3,71%
Coopeuch	11.473	651.235.557	0,01%	0,02%
Scotiabank	2.137.979	71.690.254.794	2,49%	2,40%
Banco Consorcio	163.582	6.665.214.595	0,19%	0,22%
Total	85.932.573	2.993.245.263.842	100%	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de información de www.sbf.cl

329. A diferencia de las tarjetas de débito, las tarjetas de crédito pueden ser emitidas tanto por instituciones bancarias como no bancarias, destacando entre estas últimas las casas comerciales.

330. Las tarjetas de crédito a su vez pueden ser clasificadas entre aquellas de uso cerrado, que son admitidas exclusivamente en las sucursales del emisor, o de uso abierto, que son admitidas en comercios distintos del emisor.

331. Las tarjetas de crédito bancarias son aceptadas universalmente por los comercios. Por su parte, el grado de apertura de las tarjetas de crédito no bancarias puede variar significativamente, desde contemplar sólo algunos comercios adicionales al emisor hasta permitir realizar transacciones de pago en una red internacional de tarjetas de crédito, en virtud de la incorporación de una bandera como Visa o MasterCard y el efecto de la regla Honor all Cards . En los últimos años, varios emisores no bancarios han obtenido licencias de Visa o MasterCard para la emisión de tarjetas de crédito de aceptación universal, según da cuenta el Cuadro N° 3.

Cuadro N° 3:
Emisores no bancarios con licencia de Visa o MasterCard

CMR Falabella	X	X
Tricot (Tricard)	X	
Consorcio de Tarjetas de Crédito	X	
CAR S.A. (Tarjeta Ripley)		X
COOPEUCH		X
Cencosud Adm. de Tarjetas		X
ABC Inversiones Ltda. (ABC Din)		X
SMU Corp (Tarjeta Unimarc)		X

Fuente: elaboración propia, Sentencia N° 142/2015.

332. En lo que respecta a las tarjetas de crédito, las participaciones en términos de tarjetas emitidas y montos transados se muestran en los siguientes cuadros.

Cuadro N° 4:
Participaciones de mercado en términos de tarjetas de crédito activas y operativas por emisor, a septiembre de 2016

Institución	Titulares	Adicionales	Total	Participación de mercado (tarjetas emitidas)
BICE	39.883	5.753	45.636	0,35%
BBVA	335.533	163.863	499.396	3,88%
Banco de Chile	1.578.649	176.704	1.755.353	13,64%
BCI	707.193	222.308	929.501	7,22%
BancoEstado	1.035.417	42.357	1.077.774	8,37%
Banco Falabella	124.563	2.697	127.260	0,99%
Banco Ripley	0	0	0	0,00%
Santander	1.649.747	342.051	1.991.798	15,48%
Security	58.905	12.870	71.775	0,56%
Banco París	0	0	0	0,00%
Coopeuch	48.111	3.857	51.968	0,40%
Scotiabank	153.566	25.576	179.142	1,39%
Banco Internacional	2.124	228	2.352	0,02%
Itaú-Corpbanca	312.601	76.911	389.512	3,03%
CAR S.A.	2.435.159	882.844	3.318.003	25,78%
SMU Corp. S.A.	95.192	1.714	96.906	0,75%
Consorcio	5.216	345	5.561	0,04%
CAT	1.981.902	345.750	2.327.652	18,09%
Total	10.563.761	2.305.828	12.869.589	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la SBIF obtenida de www.sbif.cl

333. En lo que respecta al rol adquirente, en Chile esta actividad, en el caso de tarjetas de débito o de crédito de aceptación universal bancarias, ha sido delegada por los emisores en la Sociedad de Apoyo al Giro bancario ("SAGB") Transbank. Asimismo, la función de adquirencia para emisores no bancarios, en la medida que la tarjeta se encuentre asociada a una marca internacional, también es desempeñada por Transbank y, en muy menor medida, por el propio emisor o algún otro adquirente, como Multicaja.

334. En otras palabras, la función adquirente ha sido realizada exclusivamente por Transbank respecto de tarjetas de crédito y débito de emisores bancarios. En el caso de los emisores no bancarios, si bien la adquirencia de Transbank no es exclusiva, sí es mayoritaria.

335. En consecuencia, el mercado de la adquirencia chileno tiene, en la práctica, un único actor, el que a su vez se encuentra integrado verticalmente con los principales emisores bancarios, y es mandatario conjunto de las entidades bancarias para negociar con los distintos comercios que serán afiliados a la red, limitando su rentabilidad a la del sistema bancario, de aproximadamente un 18%.

336. Como se mostrará en el siguiente capítulo, esta estructura de la adquirencia en Chile es consecuencia de una serie de operaciones de concentración ocurridas, principalmente, durante la década de los noventa. En virtud de ellas, Transbank se convirtió en la única licenciataria adquirente para las marcas internacionales de tarjetas (Visa, MasterCard, American Express y Diners), en titular de la marca local de débito Redcompra y en mandatario para la afiliación que actúa en representación de todos los bancos emisores de tarjetas del país.

337. La participación accionaria de Transbank al año 2015 era la siguiente:

Cuadro N° 5:
Participación accionaria en Transbank S.A. al mes de junio de 2015

Emisor	Acciones suscritas	Porcentaje de participación
Banco de Chile	57.601.404	26,16%
Banco Santander Chile	55.054.763	25,00%
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria	30.760.782	13,97%
Corpbanca	19.200.555	8,72%
Banco de Crédito e Inversiones	19.200.555	8,72%
Banco Estado	19.200.552	8,72%
Scotiabank Chile	19.200.435	8,72%
Banco Internacional	7	0,000003%
Banco BICE	7	0,000003%
Banco Itaú Chile	7	0,000003%
Banco Security	7	0,000003%
Banco Falabella	7	0,000003%
JP Morgan Chase	4	0,000002%
Total	220.219.085	100%

Fuente: FECU Transbank junio de 2015, disponible en: <http://www.transbank.cl>

338. En tercer término, se encuentra la función de procesamiento. Como se ha señalado en el glosario, ella es de gran importancia para unificar y coordinar el proceso de validación y pago, evitando duplicación de costos. Además, el procesamiento debe ser desarrollado tanto en el lado adquirente como en el lado emisor.

339. En el caso de Chile, el procesamiento adquirente es realizado por el adquirente mismo, es decir Transbank, tanto para las tarjetas bancarias, tanto de débito como de crédito. De hecho, en su aporte de antecedentes Transbank reconoce que dentro de sus funciones de adquirencia se encuentra el rol de procesamiento.

340. En el caso de las tarjetas de crédito no bancarias, el procesamiento adquirente de éstas es realizado tanto por Transbank (para el año 2013 respecto de CMR Falabella, Car Ripley, Cencosud, Presto Líder), como por otras empresas (por ejemplo, GetNet en el caso de Hites).

341. Por su parte, el procesamiento emisor es efectuado por la institución emisora bancaria o no bancaria, o por un tercero. En el caso de las tarjetas de crédito bancarias, esta función la realiza Nexus, una SAGB constituida específicamente para dicho efecto. Esta compañía presta servicios operacionales naturalmente ligados a la operación de tarjetas de crédito (servicios básicos) y otros complemen-

tarios a éstos. De acuerdo al informe "Inclusión financiera y medios de pagos", durante el año 2013 Nexus fue el procesador del rol emisor de las marcas MasterCard, Visa y American Express de los principales bancos y entidades financieras chilenas. Por sus servicios Nexus cobra a los emisores una tarifa única por servicio, la que varía según volúmenes y no según el tipo de emisor. Nexus enfrenta alguna competencia en el mercado de los procesadores del rol emisor. En el caso de los servicios básicos compete con los procesadores First Data, Polaris y TecnoCom; para el caso de los servicios complementarios enfrenta a Fair Isaac, Monitor Plus, Full Service.

342. Por su parte, para el caso de tarjetas de débito, cada banco se encarga directamente de dar la autorización y consolidar la operación en la cuenta respectiva.

343. Finalmente, en el caso del procesamiento emisor de las tarjetas de crédito no bancarias, algunas de éstas son operadas por Nexus, como ocurre en los casos de Jumbo Más, Más Easy y Más París, así como por distintas redes alternativas desarrolladas por cada emisor.

VII. 2. Forma de organización de la industria de pagos con tarjetas en Chile

344. Dentro de las clasificaciones indicadas en la parte general, la industria chilena de pagos con tarjetas se encuentra aparentemente organizada como un sistema de cuatro partes. Sin embargo, como se ha indicado, en el caso de las tarjetas de débito y de crédito bancarias (y también en el caso de algunas no bancarias) la adquirencia es desempeñada únicamente por Transbank, sociedad de apoyo al giro bancario compuesta por esos mismos emisores. Esta sociedad a su vez, es la única que realiza el procesamiento adquirente.

345. Esto significa que, en la práctica, el sistema chileno funciona como uno de tres partes o "tres partes y media", ya que existe integración vertical entre los emisores de tarjetas bancarias y el único operador del segmento adquirente, el cual es propiedad de los principales bancos del país.

VII.3. Algunos aspectos regulatorios relevantes de la industria de pagos con tarjetas en Chile y la aplicación de las reglas o prácticas comerciales en ella

346. En Chile, la regulación de la industria de los medios de pago con tarjetas ha sido sustancialmente delegada por el legislador a dos autoridades sectoriales: el Banco Central y la SBIF.

347. Por una parte, el artículo 35 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, establece que dentro de las facultades del Banco Central relativas al sistema financiero se encuentra la de "[d]ictar las normas a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar y que se encuentren bajo la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras".

348. En ejercicio de esa potestad, el Banco Central ha dictado tres capítulos distintos de su CNF: (i) III.J.1, relativo a las tarjetas de crédito; (ii) III.J.2, relativo a las tarjetas de débito; y (iii) III.J.3, relativo a las tarjetas de pago con provisión de fondos.

349. Por otra parte, el artículo 2° del D.F.L. N° 3 de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de LGB, otorga a la SBIF la fiscalización de las empresas bancarias y de las “empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar, siempre que dichos sistemas importen que el emisor u operador contraiga habitualmente obligaciones de dinero para con el público o ciertos sectores o grupos específicos de él”. La fiscalización de la SBIF supone “velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan”, para lo cual la LGB le otorga las atribuciones de aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas e impartir instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observe y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público (artículo 12 LGB).

350. En ejercicio de las potestades antes indicadas, la SBIF ha dictado: (i) el capítulo 8-3 de la RAN, relativo a tarjetas de crédito; (ii) el capítulo 2-15 de la RAN, relativo a tarjetas de débito; (iii) la circular N° 40, de 22 de julio de 2013, sobre normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; y (iv) la circular N° 1, de 1 de abril de 2009, sobre normas generales para empresas operadoras de tarjetas de débito.

i. Las actividades reguladas en Chile: “emisión” y “operación”

351. En Chile, las actividades asociadas al funcionamiento de la industria no coinciden con los actores de la industria. A nivel legal se distinguen sólo dos tipos de actividades respecto de las tarjetas: la emisión y la operación, siendo la regulación sectorial del Banco Central y de la SBIF la encargada de precisar el alcance de tales actividades.

352. En términos estrictos, la emisión de tarjetas supone poner en circulación una o más tarjetas mediante contratos con los titulares o tarjetahabientes (I.3, II-I.J.1, CNF; I.2, III.J.2, CNF). Sin embargo, la regulación sectorial también le otorga al emisor la responsabilidad de celebrar los contratos de afiliación con las entidades para que acepten las tarjetas como instrumento de pago y de efectuar la operación de dichas tarjetas, aunque en este caso se trata de responsabilidades que pueden ser encargadas a terceros (I.3, III.J.1, CNF; I.4 y I.5., III.J.2, CNF.). Esto implica que en Chile los operadores de tarjetas no son actores autónomos y requieren de la celebración de contratos de prestación de servicios con los emisores.

353. Además, existen ciertas actividades relacionadas con el funcionamiento de un sistema de pagos con tarjetas que la regulación sectorial chilena no califica como servicios comprendidos en la operación y, por consiguiente, sujetos a la regulación del Banco Central. En este punto existe una diferencia importante entre tarjetas de crédito y de débito.

354. Respecto de las tarjetas de crédito, el capítulo III.J.1 establece en forma precisa qué servicios se encuentran comprendidos necesariamente en la operación de tarjetas: aquellos relacionados con la autorización y registro de transacciones efectuadas por los titulares o los usuarios de las tarjetas y los actos de administración conducentes al pago de las prestaciones que se adeuden por el emisor a las entidades afiliadas por la utilización de las tarjetas. También se contempla que los

operadores pueden asumir directamente la responsabilidad de pago del emisor con las entidades afiliadas (I.4., III.J.1, CNF; 1.2. Circular N° 40 SBIF). Sin embargo, el capítulo III.J.1 señala que los demás servicios relacionados con la operación de tarjetas no se encuentran sometidos a la regulación de ese capítulo y pueden ser provistos tanto por operadores como por empresas que no revistan ese carácter. Entre tales servicios se encuentran los de afiliación de comercios y los de provisión de canales electrónicos, en la medida que no impliquen autorización y registro de transacciones (I.4., III.J.1, CNF).

355. Por el contrario, el capítulo III.J.2 del CNF, relativo a las tarjetas de débito, define al operador en términos mucho más amplios, como "la persona jurídica que, en virtud de un contrato con el Emisor que así lo determine, proporciona a éste los servicios administrativos que se requieran" (I.3., III.J.2, CNF). Más adelante se señala explícitamente que el emisor puede delegar en un operador la afiliación de comercios, la responsabilidad de pago por las transacciones y la operación total o parcial de las tarjetas (I.4. y I.5., III.J.2, CNF). En consecuencia, la afiliación no aparece como una actividad independiente o distinta de la operación respecto de las tarjetas de débito.

356. A partir del análisis anterior relativo a las distintas actividades necesarias para el funcionamiento de las tarjetas como medios de pago, es posible concluir lo siguiente: (i) la regulación nacional parte de la base que el sistema de pagos con tarjetas es una actividad que desarrollan los emisores, pudiendo delegar parte de sus responsabilidades en terceros; (ii) la regulación sectorial no define separadamente las actividades de adquirencia y procesamiento, sino que considera a ambas dentro del ámbito de actividades que los emisores pueden delegar a los operadores; (iii) excepcionalmente, la función de afiliación de comercios puede, en el caso de las tarjetas de crédito, ser delegada por los emisores a terceros que no deben cumplir con las exigencias que la regulación sectorial impone a los operadores; y (iv) la regulación sectorial no permite que los terceros no operadores presten servicios de registro y autorización de transacciones, ni contraigan directamente responsabilidad de pago con los comercios. Como consecuencia de lo antes expuesto, las actividades de adquirencia y procesamiento sólo pueden ser realizadas por los emisores o por operadores que, además de cumplir con la regulación sectorial, cuenten con un contrato con los emisores.

ii. Requisitos para operar como emisor y operador

357. En el caso de los emisores, la regulación sectorial establece distintos requisitos para actuar como emisor de tarjetas de crédito de general aceptación, de débito y de prepago o con provisión de fondos.

358. En el caso de las tarjetas de crédito, sólo pueden actuar como emisores: (i) las empresas bancarias, incluyendo sociedades filiales de prestación de servicios financieros y sociedades de apoyo al giro bancario (II.A., III.J.1, CNF y art. 69° N° 24 LGB); (ii) las cooperativas de ahorro y crédito fiscalizadas por la SBIF que cuenten con un patrimonio pagado igual o superior a 400.000 UF (II.A., III.J.1, CNF y art. 86° n) del D.F.L. N° 5 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, concordado y sistematizado de la Ley General de Cooperativas); y (iii) las sociedades anónimas constituidas en el país que cumplan los requisitos del capítulo III.J.1 del CNF (II.B., III.J.1, CNF; 2.2.i), Circular N° 40 SBIF).

359. A su vez, esa última categoría de emisores de tarjetas de crédito es dividida entre emisores de mayor relevancia y emisores de menor relevancia. Son emisores de mayor relevancia: (i) quienes por concepto de la utilización del medio de pago, presenten un monto total de pagos a entidades afiliadas no relacionadas igual o superior a 750.000 UF en los doce meses previos; o (ii) quienes emitan tarjetas que sean aceptadas en establecimientos previamente afiliados por otro emisor u operador, con motivo de la obligación contraída con éste en orden a aceptar tarjetas de la misma marca, indistintamente del emisor de que se trate (regla Honor all cards), y siempre que la marca corresponda a alguna de las empresas por las empresas bancarias establecidas en Chile al desarrollar su actividad de emisión de tarjetas (II.B.1., III.J.1, CNF; 2.1.A), Circular N° 40 SBIF). Los emisores de menor relevancia son los no comprendidos en las situaciones antedichas. La regulación sectorial establece requisitos de operación más exigentes para los emisores no bancarios calificados como de mayor relevancia (II.B.1., III.J.1, CNF y Circular N° 40, SBIF).

360. En el caso de las tarjetas de débito, sólo pueden actuar como emisores las empresas bancarias y las cooperativas de ahorro y crédito (II.1., III.J.2., CNF), en atención a que esa clase de tarjetas se encuentran aparejadas a cuentas corrientes, cuentas a la vista o cuentas de ahorro a la vista (I.1., III.J.2, CNF) y, por consiguiente, involucran la captación habitual de fondos del público, actividad propia del giro bancario (Art. 39° inciso primero y 69° N° 1 LGB).

361. Finalmente, de acuerdo con la actual regulación, tarjetas de prepago de aceptación universal o abierta sólo pueden ser emitidas por empresas bancarias (I.2. y II.1, III.J.2., CNF). Sin embargo, actualmente se encuentran en tramitación ante el Congreso Nacional algunos proyectos de ley destinados a permitir la emisión de tarjetas de prepago o con provisión de fondos de aceptación universal o abiertas por entidades no bancarias (véase especialmente boletines N° 8331-05 y 9197-03).

362. En el caso de los operadores, la regulación sectorial nuevamente distingue entre operación de tarjetas de crédito, débito y de prepago.

363. Para actuar como operador de tarjetas de crédito es necesario: (i) ser una sociedad anónima constituida en el país; (ii) tener por objeto exclusivo la operación de tarjetas y demás actividades complementarias a dicho giro específico que autorice la SBIF (III.1., III.J.1, CNF; 2.2.iii), Circular N° 40 SBIF); (iii) inscribirse en el Registro de Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito de la SBIF (III.3. (i), III.J.1, CNF; 2.2.iv) y 3., Circular N° 40, SBIF); y, (iv) cumplir requerimientos mínimos de capital pagado y reservas (III.3. (ii) y (iii), III.J.1, CNF; 4.2., 4.3. y 5., Circular N° 40, SBIF). En todo caso, el objeto social puede comprender conjuntamente la operación de tarjetas de crédito y débito, aunque para ello se deben obtener las autorizaciones que corresponda a cada tipo de operación, y aumentan los requisitos de capital pagado y reservas (III.1., III.J.1, CNF).

364. Los operadores de tarjetas de crédito tienen las siguientes obligaciones: (i) observar las normas que establezca la SBIF en materia de gestión y control de riesgos operacionales y tecnológicos, de requisitos de acceso, interconexión e información y tarifas por los servicios (III.3. (iv), III.J.1, CNF); (ii) en el evento de prestar los servicios propios de su giro a otros emisores o a entidades afiliadas no relacionadas, el operador debe: (a) establecer condiciones y exigencias públicas, generales, objetivas y no discriminatorias para la provisión de sus servicios (8., Circular N° 40,

SBIF); (b) otorgar acceso a sus servicios, sin exclusión alguna, a quienes acepten las condiciones de provisión; y (c) disponer los mecanismos que permitan su interconexión con otras redes y entidades relacionadas con la operación de tarjetas de crédito, en las condiciones técnicas y de seguridad que sean acordes con su carácter de medio de pago (III.2., III.J.1, CNF); y (iii) en el evento de contraer directamente responsabilidad de pago a los comercios, deben cumplir con los requerimientos y obligaciones propios de los emisores (III.3. (v), III.J.1, CNF).

365. Por otra parte, para actuar como operador de tarjetas de débito es necesario: (i) ser una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (II.2. y IV.1., III.J.2, CNF); (ii) tener giro exclusivo (II.2., III.J.2, CNF), sin perjuicio que el objeto social pueda comprender conjuntamente la operación de tarjetas de crédito y débito; (iii) contar con autorización previa del Banco Central publicada en el Diario Oficial (II.2., III.J.2, CNF), la que puede ser condicionada a una autorización previa de la SBIF con arreglo a lo dispuesto en la Circular N° 1 de esa superintendencia; y (iv) cumplir con requerimientos mínimos de capital pagado y reservas (IV.1. y IV.2., III.J.2, CNF; 2. y 3., Circular N° 1, SBIF), requerimientos que son más exigentes si el operador contrae directamente responsabilidad de pago con los comercios (IV.3., III.J.2, CNF).

366. Por último, la regulación de los operadores de tarjetas de prepago establece que estos deben ser sociedades anónimas con giro específico (III.1., II.J.3., CNF). El resto de la regulación de los operadores de tarjetas de prepago es similar a aquella establecida en los capítulos III.J.1 y III.J.2. del Compendio de Normas Financieras del Banco Central (relativos a tarjetas de crédito y débito, respectivamente), o derechamente se remite a ellos.

367. Las relaciones entre todos los actores que participan en un sistema de pagos con tarjetas se organizan mediante distintos contratos. En primer término, la relación entre emisor y tarjetahabiente se regula mediante un contrato de tarjeta de crédito, un contrato de cuenta corriente, cuenta de ahorro o cuenta a la vista a la que se asocia una tarjeta de débito o por medio de la provisión de fondos anticipada para el caso de tarjetas de prepago. Esa clase de contratos se encuentra simultáneamente regulada por normas civiles, comerciales, de protección de los derechos de los consumidores y específicas del sistema de pagos con tarjetas (véase, por ejemplo, las secciones V.1. a V.4. del capítulo III.J.2 del CNF). Por otra parte, la relación entre emisor y operador se organiza mediante un contrato de prestación de servicios, nuevamente sujeto a regulaciones civiles, comerciales y específicas del sistema de pagos con tarjetas (véase, por ejemplo, la sección 7.2. de la Circular N° 40 SBIF). Finalmente, la afiliación del comercio al sistema de pagos con tarjetas se produce en virtud de un contrato suscrito con el emisor o con el operador al que el emisor le ha delegado esa función (véase, al efecto, el capítulo 8-3 de la RAN de la SBIF, la sección 7.1. de la Circular N° 40 SBIF y la sección V.I. del capítulo III.J.2 del CNF).

iii. Regulación de las marcas internacionales de tarjetas

368. Además de lo anterior, es relevante hacer presente que las empresas titulares de marcas internacionales de tarjetas de débito (Visa, MasterCard, American Express, Diners, etcétera) no se encuentran directamente reguladas por el Compendio de Normas Financieras del Banco Central, las circulares pertinentes o los diversos capítulos de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF. Sin embargo, la regulación sectorial sí las considera para algunas situaciones puntuales.

369. En primer término, las marcas de tarjetas de crédito deben ser identificadas en el contrato de afiliación, así como la mención al derecho del establecimiento afiliado de elegir cuáles aplica (3.1., 8-3, RAN). En segundo lugar, los bancos deben informar a la Superintendencia las marcas de tarjetas de crédito que decidan emitir, con indicación de si ellas podrán ser usadas en el exterior o sólo en el mercado nacional (2., 8-3, RAN). En tercer término, un emisor no bancario de tarjetas de crédito es calificado como “de mayor relevancia” si emite tarjetas de una determinada marca que deben ser aceptadas por establecimientos previamente afiliados con motivo de la regla Honor all cards y esa marca es empleada por alguna de las empresas bancarias establecidas en Chile (II.B.1.b., III.J.1, CNF). Finalmente, uno de los casos en los que las tarjetas emitidas en el extranjero pueden ser aceptadas por las entidades afiliadas en Chile ocurre cuando se cumplen los siguientes requisitos: (a) sean de una marca que se emita en Chile por parte de los emisores nacionales; (b) así se hubiere convenido en el contrato de afiliación; y (c) la entidad titular de la marca o su licenciataria ha contratado la administración en el país con un operador nacional debidamente autorizado, quien contraerá la responsabilidad de pago frente a los comercios afiliados (IV.1., III.J.1, CNF y IX.1., III.J.2, CNF).

iv. Regulación de las sociedades de apoyo al giro bancario

370. Por último, algunas referencias a las regulaciones de las SAGB son necesarias, en atención a la importancia que ellas tienen en la industria de medios de pagos en Chile.

371. El artículo 74° de la LGB faculta a los bancos, previa autorización de la SBIF y cumpliendo los requisitos generales que ella establezca mediante norma de carácter general, a ser accionistas o tener participación en sociedades cuyo único objeto sea: (a) prestar servicios destinados a facilitar el cumplimiento de los fines de las entidades financieras o (b) que por su intermedio las instituciones financieras puedan efectuar determinadas operaciones de giro bancario con el público, excepto la de captar dinero. Estas sociedades, denominadas de apoyo al giro bancario, se encuentran sometidas a la fiscalización de la SBIF, quien podrá dictar las normas generales a que deberán sujetarse en sus operaciones (Art. 75° LGB). La regulación general de las SAGB se encuentra en el capítulo 11-6 de la RAN y en la Circular N° 3.

372. El giro específico de las SAGB debe ser autorizado por la SBIF (III.1., 11-6, RAN). En el anexo N° 2 del capítulo 11-6 de la RAN se indican las actividades respecto de las cuales la SBIF ha autorizado la constitución de SAGB o ha efectuado un análisis previo de su viabilidad, incluyendo dentro de ellos los siguientes servicios asociados a sistemas de pago: administración de tarjetas de crédito, operación de tarjetas de crédito, operación de terminales de caja y puntos de venta, y operación de tarjetas con provisión de fondos.

373. Adicionalmente, la SBIF ha dispuesto que las SAGB autorizadas de conformidad con la letra a) del artículo 74 LGB sólo podrán prestar sus servicios a bancos, filiales y sociedades de apoyo al giro bancario (III.1., 11-6, RAN). La interpretación sobre a quiénes puede prestar servicios una SAGB de la letra a) del artículo 74° fue efectuada por la SBIF mediante Circular N° 3.539, de 22 de agosto de 2012.

374. La SBIF ha establecido que la SAGB pueden ser sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, debiendo su constitución y su modificación ser previamente autorizada por dicha superintendencia. Las SAGB pueden ser constituidas con la participación de uno o más bancos; mientras que la participación de entidades que no sean bancos ni filiales de los mismos es excepcional y sólo se autorizará si se demuestra que ella es ventajosa para los bancos que participan. Cualquier cambio en la propiedad de una SAGB debe ser autorizado por la SBIF (II.1., Circular N° 3, SBIF.).

375. En lo que respecta al régimen de gobierno corporativo de las SAGB, la SBIF ha establecido que el cargo de director de una SAGB es compatible con los cargos de director de una institución financiera socia o accionistas, de una sociedad filial fiscalizada por la SBIF o de otra empresa de apoyo al giro. También es compatible el cargo de empleado de la institución financiera matriz con el de director de una SAGB (II.2.1., Circular N° 3, SBIF). La SBIF también ha dispuesto que la SAGB pueda compartir gerente y personal con una institución financiera socia o accionista, con las filiales de ésta que se encuentren sujetas a la fiscalización de la SBIF o con otras sociedades de apoyo al giro bancario (II.2.2., Circular N° 3, SBIF).

376. Finalmente, es necesario señalar que, en adición a la regulación general de las SAGB, la SBIF ha dictado circulares relativas a las sociedades de apoyo al giro bancario que prestan servicios vinculados con los medios de pago (Circulares N° 16 y N° 23). La primera circular fue dictada en 2003 e impone a las SAGB la obligación de publicar sus tarifas al público por los servicios que ofrecen. La segunda hace aplicable a las SAGB la Circular N° 40 sobre operadores de tarjetas de crédito, en todo lo que no se contraponga con las disposiciones de la Circular N° 3 para sociedades de apoyo al giro.

VIII. Condiciones de competencia en la industria chilena de pagos con tarjetas

377. Efectuada una descripción de la estructura de la industria de los medios de pago con tarjetas y su regulación, corresponde establecer las condiciones de competencia en el mercado. Para estos efectos, en este capítulo se desarrolla, en primer lugar, un análisis histórico de la jurisprudencia de los pagos con tarjetas en Chile, en particular, su evolución y cómo ésta permitió la participación conjunta e indirecta de los bancos por medio de Transbank en las actividades de procesamiento y adquisición. Luego, se describen las condiciones de entrada en los tres segmentos de esta industria. Finalmente, se analizarán los riesgos para la competencia asociados a la propiedad conjunta de los bancos emisores en Transbank.

VIII.1 La jurisprudencia que permitió la actuación conjunta de los bancos emisores a través de Transbank

378. Transbank inició sus operaciones a comienzos de 1990 con la administración de tarjetas de crédito Visa y la afiliación de establecimientos comerciales para la aceptación de tarjetas de dicha marca. En noviembre de 1990, la firma "Tarjetas de Chile" le cedió su rol de adquirente para la tarjeta Diners Club.

379. El 18 de abril de 1991 la H. Comisión Preventiva Central ("CPC"), mediante Dictamen N° 757/262, aprobó que Bancard S.A. ("Bancard") cediera a Transbank los contratos de afiliación, administración y operación de tarjetas que Bancard man-

tenía con los establecimientos comerciales y con los emisores para las marcas de tarjetas de crédito MasterCard (internacional) y Magna (local). La CPC aprobó la cesión de contratos considerando: (i) el informe favorable de la FNE, que indicaba que la cesión no afectaría la libre competencia en el mercado en que participan las tarjetas de crédito; (ii) el informe favorable de la SBIF, que indicó que la transacción sólo aceleraba un proceso de concentración inevitable, determinado por el cese de la vigencia de los contratos de Bancard con los emisores financieros; (iii) la apertura del mercado de las tarjetas de crédito a nuevos emisores y operadores; y (iv) el impacto positivo que debería tener la integración vertical en los costos de administración, que se traducirían en una mayor competencia en la emisión y, por ende, en condiciones más beneficiosas para los usuarios. En todo caso, la CPC objetó la cláusula de no competir que pretendían celebrar Bancard y su relacionada Fincard con Transbank, pero fue finalmente aprobada mediante Dictamen N° 787/985, de 19 de noviembre de 1991.

380. Posteriormente, en noviembre de 1994, el Banco Central autorizó a Transbank a operar tarjetas de débito, lo que daría lugar a que en abril de 1995 naciera el sistema Redcompra, cuyo titular del registro de la marca es Transbank.

381. Ese mismo año se cuestionó el actuar de Transbank ante los organismos de libre competencia. En efecto, el Hotel Acacias de Vitacura denunció a esa empresa y a American Express por un eventual cobro de merchant discounts abusivos (6,3% más IVA para Visa y MasterCard y 5,5% más IVA para Diners Club) en comparación con otras jurisdicciones (USA y Alemania, 2% y 1,9%, respectivamente). La CPC, sin embargo, desestimó la denuncia, considerando que las diferencias entre las comisiones cobradas en el país y las existentes en Europa y Estados Unidos no serían evidencia de un abuso de posición dominante y podrían explicarse por factores propios de cada país.

382. Luego, el segundo semestre de 2000, la afiliación y operación de las tarjetas de crédito American Express también fue traspasada a Transbank, funciones que hasta esa fecha realizaba la propia marca de tarjetas.

383. Después de todos estos cambios en el mercado y la concentración de las funciones de adquirencia (tanto en débito como en crédito) en Transbank, la CPC recibió nuevas denuncias en contra de dicha empresa. Lo anterior derivó en el Dictamen N° 1270, de 28 de agosto de 2003. En él, la CPC afirmó que, a esa época, la emisión de tarjetas de crédito bancarias generaba un mercado relevante propio, pues se distinguía de otros medios de pago por actuar simultáneamente como un crédito, ofrecer ventajas de manipulación y seguridad, y por la posibilidad de efectuar compras remotas (las últimas dos ventajas las compartía con las tarjetas de débito). Además, la CPC señaló que en comparación con las tarjetas de crédito de casas comerciales, las tarjetas de crédito bancarias se caracterizaban por ser aceptadas en un mayor universo de comercios, por su concentración en usuarios de mayores ingresos y por su cobertura internacional.

384. Como consecuencia de esa definición de mercado relevante, la CPC estimó que había surgido un segundo mercado relevante, formado por la adquirencia de comercios para la aceptación de tarjetas bancarias. De acuerdo a la CPC, Transbank tenía una posición de dominio en dicho segundo mercado debido a que era la única empresa que cumplía las funciones de adquirencia, porque existían barreras

a la entrada causadas por las economías de escala supuestamente existentes en el mercado, y por la integración vertical de Transbank con los bancos emisores. En este último caso los emisores, de no estar integrados, podrían ser una alternativa viable de competencia en la adquirencia.

385. De acuerdo a lo indicado por la CPC, la política tarifaria de Transbank revelaba su poder de mercado, ya que sus merchant discounts no estaban fundados en costos; discriminaban a comercios según industrias y entre ellas; no eran públicos; y no estaban destinados a cubrir los costos de dicha empresa, sino que eran traspasados a los emisores. A juicio de la CPC en el Dictamen N° 1.270, la discriminación de precios fue utilizada para extraer rentas monopólicas, lo que se reflejaba en las rentas de Transbank sobre el capital neto (49,6% promedio entre 2001 y 2002). En lo que respecta a las tarifas pagadas por Transbank a los bancos emisores, la CPC objetó la existencia de un pago por transacción plano. Ese pago, justificado por Transbank como un incentivo para los emisores para fomentar las transacciones, actuaba en realidad como una forma de repartir rentas entre los dueños de Transbank que no quedaba expresada en las utilidades públicamente declaradas por la empresa.

386. La CPC señaló que la estructura del mercado permitía aprovechar ciertas economías de escala (lo que explicaría que las comisiones de Transbank no fueran excesivas a nivel latinoamericano), pero que existía espacio significativo para que esas economías fueran traspasadas a menores precios. Por tanto, era necesario suprimir toda barrera que impidiera la entrada de competidores y, en consecuencia, también las rentas monopólicas percibidas por los bancos a través de Transbank, pues eso podría generar incentivos para operar por medios alternativos. También propuso permitir a los comercios adherir sólo a algunas de las marcas de tarjetas que administraba Transbank. Finalmente, señaló que la desagregación de los servicios de Transbank podría permitir que se abrieran espacios para la competencia en los servicios en los que no existen economías de escala.

387. Asimismo, pese a la objeción de la FNE a la integración vertical entre Transbank y los bancos, la CPC indicó que no existían antecedentes suficientes para forzar una desintegración, pero que la estructura de propiedad altamente concentrada en los dos bancos de mayor tamaño habría dado origen a tarifas discriminatorias favorables a ellos y podría originar otras formas de discriminación. Por tanto, propuso limitar a un 15% la participación de un emisor en la propiedad de Transbank.

388. Finalmente, siempre en el mismo dictamen, la CPC solicitó a la FNE presentar un requerimiento contra Transbank, solicitando a la H. Comisión Resolutiva (predecesora de este Tribunal) la aplicación de sanciones y la adopción de diversas medidas.

389. El 3 de septiembre de 2003 Transbank presentó un recurso de reclamación ante la H. Comisión Resolutiva. Posteriormente, el 20 de enero de 2004, la FNE presentó un requerimiento contra Transbank ante la misma comisión. Dado el cambio institucional que entró a regir ese mismo año, ambos procesos fueron conocidos por este Tribunal en el procedimiento C 16-04.

390. En su requerimiento, la FNE sostuvo que el mercado relevante era el de la operación y el rol adquirente de tarjetas de crédito y débito abiertas, reguladas por

el Compendio de Normas Financieras del Banco Central. En ese mercado, Transbank actuaba como único operador en virtud de los contratos suscritos con cada emisor para la prestación de servicios informáticos, haciendo las veces de switch o soporte informático que permitía la interconexión entre emisores y comercios. La Fiscalía también señaló que Transbank desarrollaba el rol adquirente, en virtud de lo dispuesto en la cláusula N° 4 del contrato de afiliación tipo, por medio de la cual los emisores le conferían mandatos de afiliación de comercios y la facultad de fijar las condiciones comerciales pertinentes. Para la FNE, la cláusula N° 4 del contrato de afiliación excedía la función de switch o procesamiento para la cual Transbank se constituyó como sociedad de apoyo al giro bancario. De esta forma los emisores, al delegar conjuntamente la función adquirente a Transbank, renunciaron a competir por la afiliación de los comercios y pasaron a fijar colectivamente las condiciones de afiliación, incluyendo la comisión. Además, como Transbank efectuaba conjuntamente la afiliación para todas las marcas internacionales de tarjetas, tampoco se registraría competencia entre dichas marcas, lo que, a juicio de la FNE, contradecía lo expuesto por la propia Transbank al solicitar la autorización de la cesión de contratos de Bancard.

391. En particular, entonces, la Fiscalía reprochó a Transbank: (i) impedir la libre adquisición de equipos procesadores por parte de los comercios; (ii) efectuar un doble cobro a emisores y comercios por los servicios de autorización y captura de transacciones con tarjetas bancarias; (iii) la ausencia de competencia en la adquisición, lo que se reflejaba en altas comisiones a los comercios y en más altos precios de los bienes y servicios adquiridos por todos los consumidores finales (debido a la aplicación de la no surcharge rule); (iv) la afiliación atada de distintas marcas de tarjetas de crédito; (v) el cobro de la misma comisión para tarjetas de crédito y débito, pese a las diferencias de costos existentes; (vi) el cobro de 0,0008 UF efectuados por Transbank a los emisores socios por cada operación capturada, que tenía como propósito discriminar a emisores no socios (Coopeuch) y disminuir contablemente utilidades; y (vii) la integración vertical en el procesamiento, que constituiría una barrera a la entrada para operadores y adquirentes (pues los emisores no tendrían incentivos para encargar el procesamiento y la afiliación a terceros) y para otros emisores (en la medida que los emisores socios podrían negarle acceso a un entrante a las economías de red y de escala alcanzadas por Transbank).

392. En el petitorio de su requerimiento la Fiscalía solicitó: (i) ordenar a Transbank permitir a los establecimientos la conexión de procesadores electrónicos de autorización y captura de transacciones adquiridos a terceros distintos de Transbank; (ii) declarar que Transbank impidió la competencia en el mercado relevante del rol adquirente de tarjetas de crédito abiertas y de débito, mediante la cláusula cuarta del contrato tipo de operación, generando una renta monopólica; (iii) aplicar a Transbank la multa máxima permitida en la época por el D.L. N° 211; (iv) poner término a la cláusula cuarta del contrato tipo de operación, de modo que cada emisor pudiera determinar el monto de la comisión cobrada a los establecimientos por afiliarse al sistema; (v) ordenar a Transbank terminar con los cobros por servicios de autorización y captura de transacciones a los establecimientos de comercios y someterla a un plan de autorregulación tarifaria que garantizara una disminución de las tarifas cobradas a los emisores; (vii) declarar que los emisores no pueden ofrecer como única alternativa la afiliación simultánea de dos o más marcas de tarjetas; (viii) declarar que debe existir una diferencia en los merchant discount aplicables a tarjetas de crédito y débito; y, (ix) en lo que respecta a la estructura de propiedad

de Transbank y su naturaleza de sociedad de apoyo del giro bancario, proponer al Banco Central y a la SBIF la promoción de modificaciones legales, reglamentarias y normativas que generen condiciones de mercado suficientes para garantizar la competencia y resolver problemas de integración vertical.

393. En el marco de este proceso, el 5 de abril de 2005 la FNE, la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Linares A.G. y Transbank alcanzaron un avenimiento parcial, el que fue aprobado por este Tribunal. En él, Transbank se obligó a: (i) permitir a los comercios la adquisición e instalación de terminales electrónicos no provistos por Transbank. Para ello, las partes solicitaron al TDLC ejercer su potestad propositiva, requiriendo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones ("Subtel") la determinación de las condiciones técnicas generales que deberían reunir los equipamientos y programas computacionales, así como las medidas de seguridad tendientes a evitar operaciones fraudulentas o indebidas; (ii) permitir a los bancos emisores la afiliación de los establecimientos de comercio directamente o a través de terceros. En el caso que el emisor optara por la afiliación independiente, la comisión o merchant discount sería determinada individualmente. Si la afiliación se producía a través de terceros, éstos podrían fijar las comisiones. Como consecuencia de lo anterior, Transbank sólo aceptaría mandatos de afiliación individuales y revocables; (iii) rebajar la comisión máxima por aceptación de tarjetas de crédito y débito a 3,5% y 2,5%, respectivamente; (iv) otorgar acceso a cualquier establecimiento que deseara aceptar tarjetas de crédito y débito, ya sea a todas o sólo alguna de las marcas; (v) establecer comisiones a establecimientos de comercios públicas y a emisores, según correspondiera, de general aplicación, objetivas, carentes de discriminaciones arbitrarias y en cumplimiento de las circulares de la SBIF; (vi) cobrar comisiones diferenciadas para tarjetas de débito y crédito, debiendo ser las primeras razonablemente menores que las segundas, en atención a los distintos costos de administración y procesamiento; (vii) otorgar acceso abierto a los servicios de operación de tarjetas a emisores de tarjetas autorizados por el Banco Central y fiscalizados por la SBIF; (viii) permitir a los emisores la contratación de todos los servicios prestados por Transbank o sólo algunos específicos; y (ix) someter a la aprobación del TDLC un plan de autorregulación tarifaria.

394. Finalmente, junto con la aprobación del señalado avenimiento parcial, el 12 de septiembre de 2005 el TDLC pronunció la Sentencia N° 29/2005, sobre los asuntos no abarcados por el advenimiento. Con ello se puso término al requerimiento presentado por la FNE. Esa sentencia caracterizó al mercado de servicios de tarjetas de crédito y de débito como un mercado de dos lados (c. 11°), señalando que los análisis tradicionales de competencia pueden conducir a conclusiones equivocadas, en atención a la interdependencia de las decisiones de los clientes de cada submercado (c. 12°). En consecuencia, a juicio del Tribunal, los mercados de dos lados tienen estructuras de precios que no necesariamente guardan una relación directa u obvia con los costos en que se debe incurrir para servir a cada tipo de cliente. Lo anterior no implicaría necesariamente la existencia de precios abusivos, predatorios o subsidios cruzados (c. 13° y 14°). La sentencia también indicó que la competencia puede ser entre redes o al interior de la red, sosteniendo que suficiente competencia al interior de una plataforma podría hacer innecesaria la competencia entre plataformas para llegar a equilibrios eficientes (c.15°).

395. En cuanto al mercado relevante, la aludida Sentencia N° 29/2005 efectuó un análisis cualitativo (c.16°), concluyendo que las tarjetas de crédito bancarias y de

débito se distinguirían de otros medios de pago, tanto para los tarjetahabientes como para los comercios (c.18° a 21°). Como consecuencia de ese análisis, definió el mercado relevante como el de las transacciones efectuadas utilizando como medio de pago las tarjetas bancarias de crédito y/o débito (c. 22°).

396. En lo que respecta al monopolio en la función de adquirencia, la Sentencia N° 29/2005 declaró que “la actuación conjunta de los bancos e instituciones financieras por medio de Transbank en el rol adquirente, atendido lo dispuesto en el artículo 14 del entonces vigente Decreto Ley N° 211 (actual artículo 32°), no puede estimarse en principio como ilícita, ya que fue expresamente autorizada por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen N° 757/262 de 18 de abril de 1991, ratificado por el Dictamen N° 898/262, de 13 de abril de 1994” (c. 23°). Sin embargo, indicó que dicha autorización no permitía utilizar la actuación conjunta para cometer actos contrarios a la libre competencia.

397. En cuanto a la plataforma en que operan los servicios de tarjetas bancarias, la Sentencia N° 29/2005 indica que ella parecería tener las características de una instalación esencial. Con todo, sólo se citó para justificar esa calificación el aumento en la concentración en el sector ocurrida entre los años 1991 y 2000 (c. 32°). A partir de ello, se concluyó que no existían antecedentes suficientes respecto de la posibilidad de competencia efectiva entre distintos sistemas de tarjetas de crédito bancarias, razón por la que el Tribunal se enfocó en determinar si la competencia entre emisores podía asegurar una solución de mercado eficiente desde el punto de vista asignativo (c. 34°). A ese respecto, se señaló que una vigorosa y efectiva competencia en la emisión de tarjetas bancarias sería condición suficiente para asegurar que no prevalecieran rentas monopólicas en la industria, en la medida que los bancos estuvieran integrados verticalmente con el operador y las transferencias entre éste y aquellos se realizaran en función de las transacciones realizadas (c. 36°). Sin embargo, se reconoció que la intensidad de competencia en la emisión no era la de un mercado propiamente competitivo, debido a la concentración y a la existencia de descuentos multiproducto y de costos de cambio, que otorgaban cierto grado de poder de mercado a las instituciones financieras (c. 38°).

398. El Tribunal también analizó las tarifas cobradas por Transbank, indicando que en un mercado de dos lados no sería posible sacar conclusiones observando sólo los cobros que se efectúan a los clientes de uno de los dos lados (c. 39°). Adicionalmente sostuvo que la circunstancia de haber bajado las comisiones máximas no necesariamente revelaría competencia efectiva, pudiendo también indicar un aprovechamiento de economías de escala compatible con la maximización de rentas monopólicas (c. 41°). Finalmente, concluyó que no le constaba que la intensidad competitiva en la emisión fuera insuficiente (c. 42°).

399. Por su parte, el Tribunal se refirió también a la discriminación tarifaria por parte de Transbank. Respecto de ese punto, estableció como principio general que la diferenciación de precios no es per se anticompetitiva (c. 46°), explicando que la tarificación a costo marginal en empresas con economías de escala produce una insuficiencia de ingresos, que puede financiarse mediante precios más altos a quienes tienen una demanda más inelástica -tarificación a la Ramsey- o mediante el cobro de cargos fijos (c. 48°). En lo que respecta al caso concreto, el TDLC analizó la magnitud de las diferencias en los cobros a comercios (c. 49°) y emisores (c. 50°), para concluir que no existirían antecedentes suficientes que justificaran dichos

diferenciales (c. 51°). Por esa razón el Tribunal rechazó el plan de autorregulación tarifaria sometido a su conocimiento (c. 52°).

400. En la parte resolutive de la Sentencia N° 29/2005, el TDLC: (i) acogió el recurso de reclamación de Transbank, dejando sin efecto el Dictamen N° 1.270 de la CPC; (ii) acogió el requerimiento de la FNE exclusivamente por las devoluciones por transacciones efectuadas a emisores socios en desmedro de Coopeuch, multando a Transbank con 1.000 UTM; (iii) rechazó el plan de autorregulación de Transbank; (iv) requirió a la Subtel regular las condiciones técnicas generales que deberían reunir los equipamientos y programas computacionales de autorización y captura de las transacciones realizadas con tarjetas de crédito y débito, adoptando las medidas de seguridad tendientes a evitar operaciones fraudulentas o indebidas; y (v) requirió a la SBIF extender la aplicación de la Circular N° 3.209 de 2002 a todas las sociedades de apoyo al giro bancario existentes (no sólo a aquellas por constituirse).

401. Tras el acuerdo alcanzado entre Transbank y la FNE en el marco del procedimiento descrito en el párrafo 393, los bancos pueden afiliar comercios de manera directa, sin obligación (aunque manteniendo la posibilidad) de hacerlo a través de Transbank. Sin embargo, en la práctica no se ha verificado la afiliación directa de comercios por parte de los bancos, y Transbank ha fijado una política con condiciones idénticas sobre el traspaso de los merchant discounts para todos los emisores. Si bien los merchant discounts pueden diferir de comercio en comercio, dos transacciones del mismo monto efectuadas con tarjetas de distintos emisores en un mismo comercio tendrán un descuento y un traspaso al emisor idénticos.

402. En suma, la forma como se desarrolló esta industria en Chile, a través de la actuación conjunta de los emisores en Transbank, generó riesgos efectivos para la libre competencia que deben ser sopesados con los eventuales beneficios en términos de economías de escala, red y de ámbito que esta estructura permite.

403. Entre los riesgos más inmediatos, que serán desarrollados en las secciones siguientes, están aquellos relacionados con: (i) las dificultades de entrada; (ii) la propiedad conjunta de los bancos emisores en Transbank; (iii) el posible ejercicio de poder de mercado en adquirencia y sus consecuencias en los merchant discounts; y (iv) el posible ejercicio de poder de mercado en emisión y sus consecuencias en las tasas de intercambio; (v) calidad de servicio e innovación; y (vi) el potencial traspaso de información sensible entre competidores.

404. En cuanto a los beneficios que esta estructura de operación conjunta de emisores en adquirencia y procesamiento generaría, se han mencionado las economías de ámbito. Sin embargo, no hay evidencia en autos de economías de ámbito que justifiquen tal estructura. Lo que sí se evidencia es la presencia de importantes economías de escala en las actividades de procesamiento, aunque no al nivel que permitan tratar esta actividad como un monopolio natural.

405. De hecho, ya la Comisión Preventiva Central, en su dictamen N° 1.270 de 2003, que posteriormente fue dejado sin efecto, había adelantado que "si bien pueden haber economías de escala en el paquete de servicios que Transbank presta hoy a emisores y comercios, lo que hace inviable la aparición de competencia, eso no significa que tales economías estén presentes en cada uno de esos servicios,

abriéndose un espacio para la competencia en caso que Transbank ofrezca desagregadamente sus servicios y las tarifas estén ajustadas a costos”. Cabe recordar que la CPC diferenció los servicios de adquirencia y los de procesamiento, indicando que ambos eran ofrecidos por Transbank en su conjunto (lo que explica la alusión a un “paquete de servicios que Transbank presta”). De esta forma, desde hace al menos 13 años se han destacado los beneficios para la competencia derivados de la desagregación de los distintos servicios.

VIII.2 Condiciones de entrada al mercado en los segmentos de procesamiento, adquirencia y emisión

406. El desarrollo histórico del sector y las características de la industria analiza, han originado ciertas condiciones de entrada a los distintos segmentos de la industria que imperan en la actualidad. Esta sección identifica tales condiciones, comenzando por el análisis de aquella parte de la industria que presenta mayores economías de escala, esto es, el procesamiento, para luego continuar con la emisión y finalmente con la adquirencia.

407. En efecto, el procesamiento presenta importantes economías de escala que dificultan, aunque no imposibilitan, la entrada de competencia al segmento. Como señala el informe que rola a fojas 1012 y siguientes, la presencia de tales economías puede hacer ineficiente el ingreso de nuevos competidores o impedirlo si no se alcanza una escala mínima eficiente. En el informe se señala que “[...] el costo de un adquirente integrado como Transbank pero con la mitad de la escala es 25% más alto. Y si su escala es sólo un 30%, su costo medio es un 34% más alto”.

408. No obstante lo anterior, las economías de escala no son de la magnitud suficiente para hacer que sólo una empresa sea viable en redes de procesamiento. Al respecto, Transbank señaló a fojas 382 que los servicios de operación “se encuentran vinculados a la operación de infraestructuras con altos requerimientos técnicos y de inversión”, por lo que “las economías de escala y de densidad resultan razonablemente evidentes”. La FNE, por su parte, indicó que “si bien el mercado de medios de pago contiene ciertas economías de escala, esto en ningún caso significa que el mercado no admita más competidores” (fojas 1372 y 1373). Asimismo, el informe de fojas 1012 antes citado, advierte que “alrededor del 29% del costo de producir la afiliación y explotación comercial, la instalación y habilitación de terminales en los puntos de venta y los servicios de operación y procesamiento, son fijos y no varían con el número de transacciones o de comercios atendidos. Esto implica que Transbank aprovecha algunas economías de escala” (fojas 1015-1016).

409. Además de las anteriores, deben considerarse también las economías de red presentes en el procesamiento, las que en transacciones con pagos con tarjetas son importantes. En efecto, si un procesador no se encuentra interconectado con los otros procesadores, su nivel de competitividad dependerá solamente de la densidad de la red a la que pertenezca: una mayor densidad permitirá distribuir los costos fijos en un mayor número de transacciones, pudiendo cobrar un menor precio por cada una de ellas. De este modo, la interconexión entre las diversas redes que conectan los procesadores, con todos los estándares y protocolos de seguridad que la autoridad determine, se vuelve una condición esencial para el ingreso de nuevos actores y la existencia de competencia en esta actividad, en caso de ser esta entrada eficiente. De otro modo, la red dominante adquiere una mayor densidad,

puede cobrar precios menores y será en definitiva preferida por los nuevos clientes, tendiéndose a la monopolización del negocio.

410. Si bien no existe información en estos autos sobre una escala mínima eficiente para ingresar a la actividad de procesamiento, el hecho de que esta industria se encuentre en pleno crecimiento, sin mostrar signos de agotamiento, permite pensar que existe espacio para que nuevos competidores ingresen. En este sentido, los avances tecnológicos que se han producido en los últimos veinte años, en particular el acceso a las redes de telecomunicaciones necesarias para prestar estos servicios, permiten replicar o subcontratar las instalaciones. Así, el informe acompañado a fojas 1010 señala que "el volumen actual de operaciones podría soportar múltiples operadores del mismo tamaño al que operaba Transbank hace solo unos pocos años".

411. Por otra parte, también existe la opción de utilizar la infraestructura emplazada en otros países, alcanzando economías de escala con dichas redes. De manera similar, en este segmento pueden aprovecharse economías de ámbito al utilizar la totalidad o parte de una red ya desplegada para un negocio distinto, como pueden ser las redes de servicios de pago de cuentas, de intercambio o transferencias de dinero, entre otras.

412. En suma, es posible concluir que la actividad de procesamiento presenta economías de escala y ámbito que, aun cuando permitirían el ingreso de otros operadores, le entregan al incumbente una ventaja significativa respecto de tales entrantes.

413. A diferencia del segmento anterior, la evidencia de autos muestra que en emisión no se presentarían economías de escala importantes, de manera que la entrada es en principio posible y eficiente. Por esto, resulta relevante que el poder de mercado en procesamiento no sea traspasado a otros segmentos de la industria.

414. En cuanto a las externalidades de red, a pesar de que la teoría indica que ellas podrían generar barreras a la entrada a este segmento derivadas de la dificultad para acceder a una cartera de comercios determinada, tal situación parece tener poco fundamento en el caso chileno, toda vez que los emisores y adquirentes manejan diversas marcas internacionales y la regla Honor all cards facilita la aceptación de todas las tarjetas de una determinada bandera en los comercios.

415. Un tercer aspecto relativo a las condiciones de entrada a la emisión dice relación con la necesidad de contar con una licencia de las redes internacionales (Visa, MasterCard, Diners, American Express, etc.), para operar las tarjetas, de modo que éstas puedan ser utilizadas en el extranjero o sea posible acceder a los beneficios asociados a dichas marcas. De los antecedentes acompañados a este respecto se desprende, sin embargo, que no se generarían preocupaciones desde la perspectiva de la competencia en la actualidad.

416. Por lo anterior, los mayores resguardos que se deben tener en emisión dicen relación con la necesidad de acceder a la red de procesamiento, para lo cual es relevante tener en consideración las obligaciones de acceso abierto no discriminatorio a emisores asumidas por Transbank en el marco del avenimiento alcanzado con la FNE y aprobado por este Tribunal en el año 2005. En dicho avenimiento, Transbank se obligó a otorgar libre acceso a los servicios de operación de tarjeta a

los emisores autorizados por el Banco Central de Chile y fiscalizados por la SBIF, y a cobrar tarifas por este servicio que fueran de general aplicación, objetivas y carentes de discriminaciones arbitrarias.

417. Un riesgo anticompetitivo adicional, asociado a la entrada a la emisión, es la posibilidad de que el acceso abierto, aunque garantizado en general, no se esté cumpliendo en términos de la calidad de acceso al procesamiento. Desde una perspectiva teórica, la literatura sobre “sabotaje” plantea que el dueño de la red de procesamiento puede tener incentivos para degradar la calidad y elevar los costos de emisores independientes, más aun tratándose la emisión de un mercado con bajos costos hundidos y en el que la competencia debería darse en precios más que en cantidad (véase, al respecto, Mandy & Sappington). Con todo, no se ha presentado evidencia en autos indicativa de que este problema se esté generando con Transbank ni de que se hayan adoptado medidas específicas tendientes a atenuar este riesgo.

418. Por otro lado, la existencia de información asimétrica en el mercado crediticio también puede dificultar el ingreso al segmento emisión, en particular si no existe información crediticia clara y transparente sobre los potenciales tarjetahabientes. Si la información crediticia es asimétrica entre los emisores incumbentes y los potenciales nuevos entrantes, estos últimos tendrán mayor dificultad para estimar los costos de no pago y elegir a qué potenciales tarjetahabientes entregar efectivamente el servicio. En este sentido, el informe de fojas 1041 señala que “[p]ara un entrante, el acceso a información de antecedentes financieros del cliente es esencial para la definición de cupos, tasas de interés, etc.”. Es más, el mismo informe insiste en que “es razonable conjeturar que las asimetrías de información cliente-banco son mucho menores entre un banco incumbente y su cliente que entre un banco entrante -con información de Dicom-y el mismo cliente”.

419. Finalmente, desde una perspectiva legal, la emisión de tarjetas de crédito, débito y prepago está condicionada al cumplimiento de las normas legales y de la regulación sectorial dictada por el Banco Central y la SBIF. Ello se traduce en que la emisión de tarjetas de débito y prepago sólo es realizada por empresas bancarias (o por ciertas cooperativas de ahorro y crédito), mientras que la emisión de tarjetas de crédito se encuentra abierta a actores no bancarios, pero que sí deben cumplir requerimientos impuestos por las autoridades financieras. Es probable que las exigencias legales y regulatorias impuestas a los emisores condicionen la entrada. Sin embargo, no existen antecedentes en este expediente que permitan concluir que dichas exigencias no se encuentran razonablemente justificadas bajo la lógica de la actual regulación, como una forma de velar por la estabilidad económica financiera y el correcto funcionamiento del sistema de pagos. Los mismos antecedentes tampoco permiten concluir que la regulación haya inhibido la entrada.

420. En consecuencia, las condiciones de entrada en las actividades de emisión en Chile parecen ser adecuadas para permitir el ingreso de nuevos competidores a este segmento.

421. Por último, la adquirencia es la actividad que debería presentar menores barreras a la entrada, pues no se requieren grandes inversiones, avances tecnológicos o un know how determinado para desarrollar esta actividad. La adquirencia es, por tanto, asimilable a la actividad comercial de otras industrias, con una fuerza de ventas claramente enfocada en vender un servicio y expandir la red de afiliados.

422. Respecto de las economías de escala, el informe de fojas 1041 señala que ellas "son limitadas. Algunas actividades comprendidas en la adquirencia, tales como la afiliación del comercio, firma de contratos, instalación de POS, etc. no tienen economías de escala. Otras como la captura de la transacción, consolidación de saldos y pago al comercio de los montos adeudados podrían tenerla por la utilización de hardware y el software necesario, pero estas seguramente están limitadas por el hecho que al ampliarse la escala se vuelve necesario aumentar en proporción la capacidad de procesamiento". Por su parte, en el informe rolante a fojas 1012 y siguientes se indica que existen altas economías de escala en la adquirencia, pero define ésta de una forma más amplia que la utilizada por el Tribunal en esta resolución, comprendiendo en ella a parte de la actividad de procesamiento adquirente. De analizarse sólo las partes que corresponden a la presente definición de adquirencia, los informantes también encuentran bajas economías de escala. Estos resultados implican que la escala mínima para ingresar a la adquirencia no es una condición para la entrada a este segmento.

423. Sin embargo, existen diversas situaciones que sí son susceptibles de crear barreras para que nuevos adquirentes ingresen al mercado. La primera es de orden legal y consiste en que, como se ha visto, la adquirencia es caracterizada normativamente como una actividad que debe desarrollar el emisor, ya sea a nombre propio o delegándosela a un tercero (Capítulo III.J.1 y III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile).

424. Una segunda barrera potencial está dada por la necesidad de contar con licencias adquirentes otorgadas por las marcas internacionales de tarjetas. El efecto restrictivo de la entrada se acentúa en la medida que las marcas internacionales de tarjetas implementen la regla NAWI. Como ya se ha descrito, esta regla implica en la práctica que todos los eventuales obstáculos a la entrada al segmento de emisión son traspasados al segmento de adquirencia, forzando a un eventual adquirente a ingresar integrado verticalmente como emisor, o supeditando su ingreso a la autorización o el encargo de esa labor por parte de un emisor. A decir del informe acompañado a fojas 1041, esta regla representa la principal barrera a la entrada al segmento de adquirencia.

VIII.3 Riegos anticompetitivos derivados de la propiedad conjunta de los bancos emisores en Transbank

425. Como se observa de lo expuesto precedentemente, no son las condiciones de entrada a cada uno de los segmentos las que, analizadas por separado, dan lugar a riesgos significativos para la competencia. Como se verá en esta sección, estos últimos surgen a partir de la particular estructura de la industria que se ha desarrollado en Chile, es decir, derivan directamente de la participación conjunta de los bancos emisores, a través de Transbank, en la adquirencia; y se ven exacerbados por las bajas condiciones de entrada en procesamiento.

i. Primer riesgo: falta de incentivos a los emisores para competir en adquirencia

426. La principal dificultad de entrada a la adquirencia proviene de la delegación por parte de los principales emisores de su labor adquirente en una única entidad que es de su propiedad. La ausencia de competencia en la adquirencia y la participación de los emisores en las rentas supracompetitivas generadas por el negocio, a

través de la transferencia directa de los merchant discounts cobrados a los comercios y la tarificación de servicios a emisores a costo económico, hace que, en los hechos, los emisores carezcan de incentivos a participar independientemente en el mercado adquirente (que, como se ha visto, presenta en sí mismo condiciones adecuadas para la competencia). La razón radica en que la entrada de un nuevo actor forzaría a una baja en los merchant discounts que, a su vez, produciría una baja en las tasas de intercambio –explícitas o implícitas– que se pagan a los emisores.

427. Esta situación se ve reforzada por el hecho que Transbank limite su rentabilidad a un 18%. Si bien esta limitación pudiera parecer un hecho positivo para la competencia (pues se trata de un monopolista que está aceptando voluntariamente un límite máximo a su rentabilidad), en los hechos no permite que existan incentivos para que otros agentes ingresen a la adquirencia.

428. En efecto, si no existiera este límite a su rentabilidad, Transbank podría cobrar precios monopólicos por sus servicios de adquirencia, pagando tasas de intercambio bajas a los emisores. Luego, los bancos propietarios de Transbank no verían afectados sus incentivos, pues las rentas del negocio les llegarían en forma de ganancias de dicha firma en lugar de hacerlo en forma de tasas de intercambio. Sin embargo, los bancos no propietarios, o propietarios en un porcentaje menor a sus respectivas participaciones en emisión, tendrían incentivos suficientes como para intentar apropiarse de dichas rentas mediante su entrada o su mayor participación en el negocio adquirente. Esto último incrementaría la competencia en la adquirencia, pudiendo incluso llevar a la disipación de rentas del negocio completo, aspecto que es evitado precisamente con el compromiso explícito por parte de Transbank de moderar sus utilidades y transferir la mayor parte de las rentas del negocio directamente a los bancos.

429. Asimismo, la falta de incentivos para competir en adquirencia se ve también reforzada por la regulación sectorial chilena, la que, como se ha indicado, considera a esa actividad como una función propia de la emisión. Además, en lo que respecta a las marcas internacionales de tarjetas, el potencial efecto excluyente de la integración vertical se ve reforzado por la aplicación de la regla NAWI, en virtud de la cual, como se ha dicho, las marcas internacionales de tarjetas pueden no otorgar licencias de adquirencia en forma separada de la emisión.

430. Como dan cuenta los antecedentes del proceso, el riesgo aquí descrito se ha visto refrendado en la práctica, pues los emisores han carecido de incentivos para permitir el ingreso de un segundo actor en el segmento adquirente. No es de extrañar, entonces, que ningún banco haya, hasta hoy, entregado la función adquirente a un nuevo entrante, aun cuando existen en el mercado otros actores que podrían prestar esos servicios (fojas 729).

ii. Segundo riesgo: mantención de merchant discounts más altos que los que generaría la competencia

431. Un segundo riesgo derivado de la actuación conjunta de los bancos en la adquirencia (el segmento de la industria que decide los precios que se cobrarán a los comercios) a través de Transbank, consiste en que los merchant discounts podrían tener un nivel más alto que el que existiría de presentarse competencia en la adquirencia.

432. Los merchant discounts que Transbank cobra a los comercios por cada transacción efectuada benefician directamente a los emisores. En efecto, si bien este cobro es repartido entre diversas partes (las marcas internacionales, los bancos propietarios de Transbank y los emisores), aproximadamente un 70% va a los bancos emisores, según se desprende de las cifras mostradas en las Tablas 7, 11, 12 y 13 del informe acompañado a fojas 1041. Nótese además que, bajo la estructura actual de la industria, los tarjetahabientes funcionan como agentes de los bancos. Estos últimos incentivan a sus clientes a preferir las tarjetas por sobre otros medios de pago (por ejemplo, a través de la entrega de puntos o millas que tienen un valor económico y, por ende, se pueden entender como un descuento en el monto de la compra). Mientras ese descuento sea menor que la tasa de intercambio (implícita) cobrada por el banco emisor, este último tendrá un ingreso positivo por cada compra que el tarjetahabiente realice.

433. Una situación de merchant discounts más altos, como cualquier precio impuesto en una industria de dos lados, incidiría en todos los actores, ya que aquellos afectan no sólo el monto que se cobra por cada transacción, sino también la cantidad de equilibrio alcanzada.

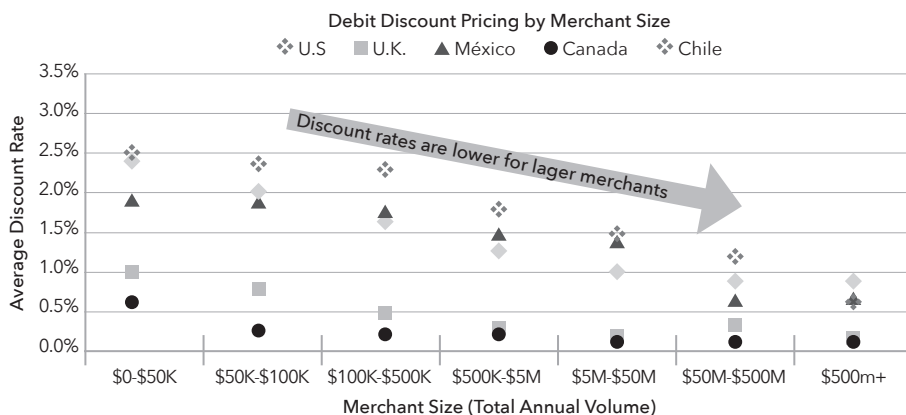
434. En efecto, los comercios asociados enfrentan un cargo por este concepto, probablemente superior al que se observaría en caso de existir competencia en la adquirencia, lo que los lleva a subutilizar estos medios de pago y prescindir de los beneficios que conllevan sus servicios.

435. Por otra parte, los tarjetahabientes son perjudicados de manera directa por un merchant discount superior al de equilibrio competitivo, e indirectamente a partir de la existencia de un número menor de comercios que aceptan este medio de pago (en otras palabras, deben soportar una disminución en la externalidad positiva que generan los comercios sobre ellos). Además, dada la existencia de externalidades positivas de red, la subutilización de estos medios de pago produce un efecto multiplicador sobre la eficiencia económica, debido a que la decisión de no aceptar tarjetas influye en la decisión de los tarjetahabientes de utilizarlas, lo que a su vez influye en la decisión de nuevos comercios de aceptarlas.

436. Enseguida, todos los consumidores, sin importar si usan o no tarjeta, resultan también perjudicados. En efecto, si el comercio no puede cobrar un precio diferenciado entre las transacciones realizadas con tarjetas y con otros medios de pago (por la existencia de la no surcharge rule), parte de los costos que el comercio asocia al uso de tarjetas se disipa entre todos los consumidores. Por ello, los precios uniformes cobrados por los comercios podrían ser superiores a aquellos que existirían si pudieran discriminar a sus consumidores según el medio de pago utilizado, cobrando a los tarjetahabientes el merchant discount íntegramente, o descontándolo a quienes compren con medios de pago de menor costo. En otros términos, es el agente que compra con otros medios de pago quien soporta la mayor parte del costo del sistema.

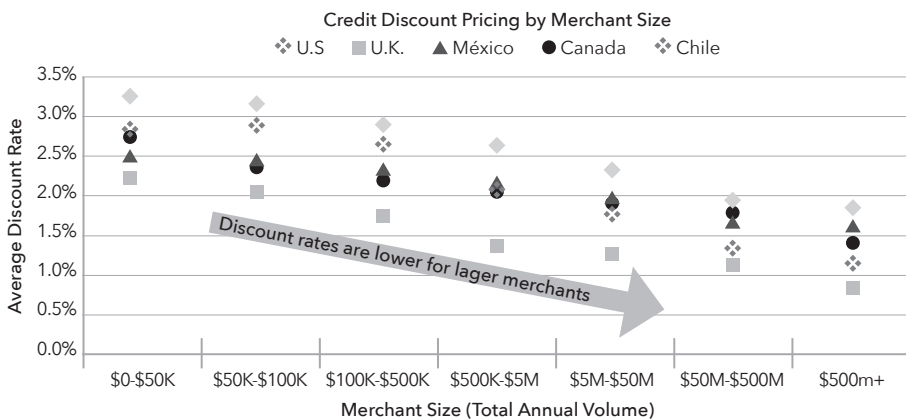
437. Para comprobar si en los hechos se ha materializado el riesgo de merchant discounts más altos, tanto Transbank como la FNE acompañaron dos cuadros (a fojas 418 y 1389, respectivamente) que comparan los merchant discounts promedio cobrados en Estados Unidos, Reino Unido, México, Canadá y Chile, tanto para operaciones de crédito como para débito. A continuación se reproducen dichos cuadros:

Figura N° 5:
Comparación de los merchant discounts promedio cobrados en transacciones con tarjetas de débito, por tamaño de comercio, por país, en el año 2012



Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank, a fojas 418.

Figura N° 6:
Comparación de los merchant discounts promedio cobrados en transacciones con tarjeta de crédito, por tamaño de comercio, por país, en el año 2012



Fuente: Informe de First Annapolis, cuadro acompañados por la FNE a fojas 1389.

438. Al respecto, Transbank argumentó que la información recogida por First Annapolis Consulting consideraría, en los otros países incluidos en la muestra, sólo algunos de los costos que el merchant discount contempla en Chile, por lo que esta comparación incluso sobreestimaría la posición relativa de nuestro país.

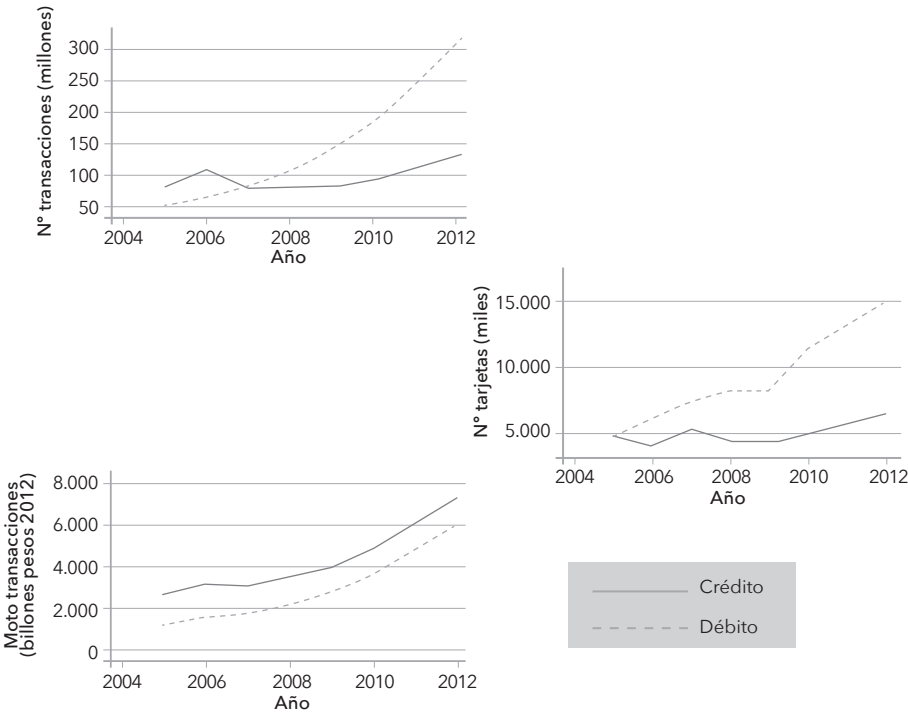
439. Sin embargo, no existe en autos información detallada de los costos involucrados que permita determinar la posición comparativa de Chile en relación a los cuatro países seleccionados como benchmark. De hecho, a modo de ejemplo, de

la información contenida en el informe de fojas 1041 se desprende que los merchant discount promedio pagados en Australia habrían sido –a la misma fecha de los cuadros anteriores, marzo de 2012– de aproximadamente un 0,86% para Visa y MasterCard, muy por debajo de los promedios de Chile (Tabla 17 del informe).

440. A pesar de esta ausencia de evidencia para efectuar comparaciones actualizadas y exhaustivas, debe de todos modos recordarse que en el sistema chileno existe una relación directa entre los merchant discounts y las tasas de intercambio (en este caso implícitas) que reciben los emisores, dado el límite de rentabilidad autoimpuesto por Transbank.

441. Como puede observarse de los siguientes gráficos, que muestran algunos indicadores del crecimiento de la industria de pagos con tarjeta en Chile entre los años 2005 y 2012, en este período se ha producido un crecimiento acelerado en el número y monto total de las transacciones con tarjetas, así como en el número de tarjetas vigentes. De este modo, al incrementarse el número de transacciones, los costos unitarios de procesamiento tienden a disminuir (por las economías de escala asociadas a este segmento), lo que ha producido una disminución de los merchant discounts que no se ha traspasado a la tasa de intercambio implícita.

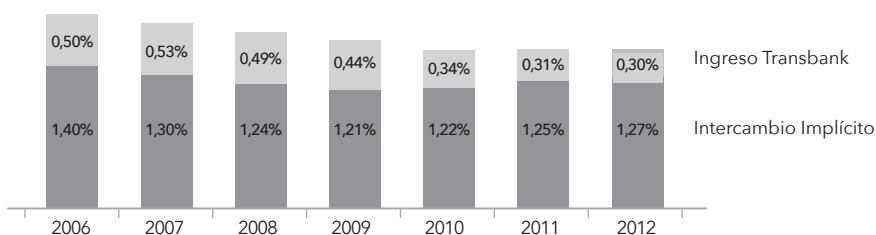
Gráfico N° 1:
Evolución del número de transacciones (en millones), número de tarjetas (en miles) y monto de las transacciones (en billones de pesos de 2012), por año, entre 2005 y 2012, tanto para tarjetas de crédito como de débito.



Fuente: Consulta de la FNE en causa Rol NC 418-13, rolante a fojas 1 siguientes, Gráfico N° 1 (a fojas 21).

442. En efecto, de los datos contenidos en la presentación de Transbank de fojas 355 y siguientes (reproducidos a continuación, en el Gráfico N° 2) se desprende que la tasa de intercambio se ha mantenido relativamente constante entre los años 2005 y 2012, pese a la disminución que han experimentado los merchant discounts (que puede observarse en los gráficos Nos 3 y 4).

Gráfico N° 2:
Evolución de la tasa de intercambio implícita y el porcentaje de ingreso de Transbank asociados a transacciones con tarjetas de crédito, entre los años 2006 y 2012.

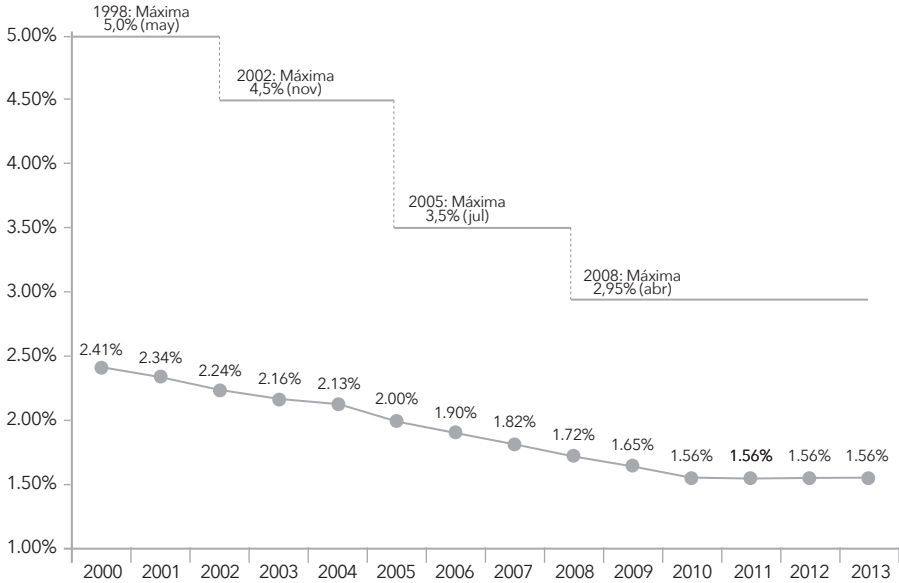


Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank rolante a fojas 355 y siguientes, Gráfico N° 18.

443. Por lo tanto, el merchant discount no es un indicador adecuado para analizar el nivel de competencia en el mercado chileno, ya que la evolución del mismo no responde solamente a la presión competitiva, sino que a otras variables como el crecimiento de la industria, de la economía, el grado de bancarización de la población, entre otros. De esta forma un mejor indicador para analizar el nivel de competencia en Chile es la tasa de intercambio implícita, ya que representa el verdadero precio que reciben los emisores por cada transacción (como se verá en el apartado siguiente).

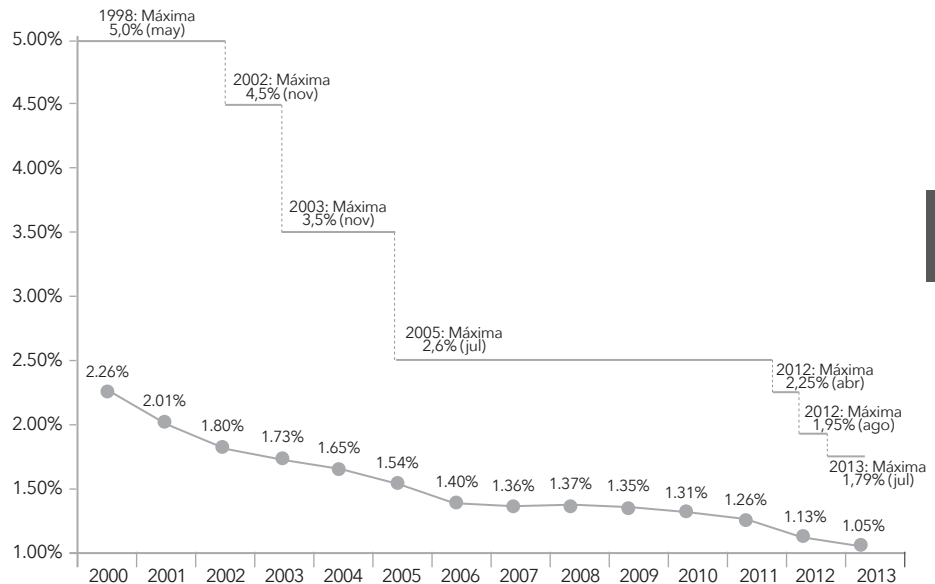
444. No obstante lo anterior, la situación de merchant discounts más altos ha sido de todos modos enfrentada en la práctica. Cabe recordar que en el avenimiento alcanzado por Transbank y la FNE ante este Tribunal (véase párrafo 393), fueron establecidas comisiones (i.e. merchant discounts) máximas por la aceptación de tarjetas de crédito y débito “a un monto que no exceda de 3,5% y de 2,5%, respectivamente, sobre el monto total de cada operación, no pudiendo compensarse estas rebajas con el aumento de las tarifas por otros servicios o por aceptación de tarjetas”. Transbank no ha cobrado este límite máximo a sus afiliados, sino una cantidad que ha disminuido en diversas ocasiones a través de los años, como muestran los siguientes gráficos.

Gráfico N° 3:
Evolución de los merchant discounts máximos y promedio pagados por los comercios por transacciones con tarjeta de crédito emitidas en Chile, entre los años 2000 y 2013.



Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank rolante a fojas 355 y siguientes, Gráfico N° 1.

Gráfico N° 4:
Evolución de los merchant discounts máximos y promedio pagados por los comercios por transacciones con tarjeta de débito emitidas en Chile, entre los años 2000 y 2013.



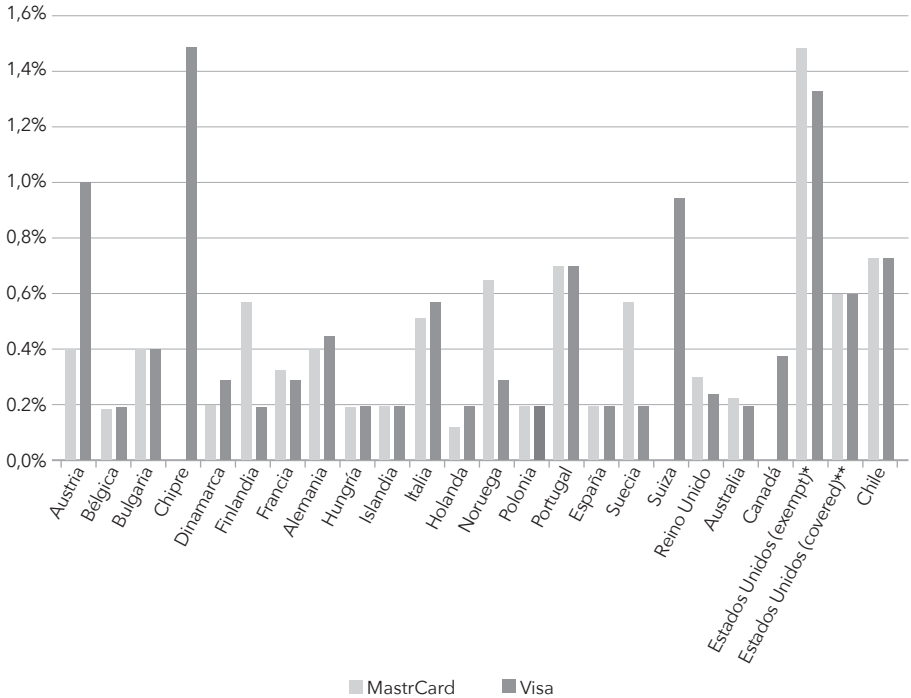
Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank rolante a fojas 355 y siguientes, Gráfico N° 2.

445. Con todo, el avenimiento no contempló un proceso de revisión periódica de los límites establecidos, por lo que, con el crecimiento del número de tarjetahabientes y comercios asociados y dada la existencia de economías de escala en el procesamiento, es probable que los costos medios por transacción hayan disminuido. Así, a pesar de la mencionada disminución de los merchant discounts máximos y promedio cobrados, de todos modos ellos pueden corresponder a los que un monopolista efectivamente cobraría ejerciendo su poder de mercado.

iii. Tercer riesgo: tasas de intercambio elevadas

446. Como se señaló previamente, un indicador más preciso para comparar el nivel de competencia de la industria de pagos con tarjetas en Chile es la tasa de intercambio. Como se mostrará, el resultado de esta comparación es que, por regla general, las tasas de intercambio en otras jurisdicciones son sustancialmente menores a la de nuestro país. Los siguientes gráficos muestran la comparación.

Gráfico N° 5:
Comparación de las tasas de intercambio en tarjetas de débito en diversos países, para el año 2015, y promedios para Chile en el año 2012

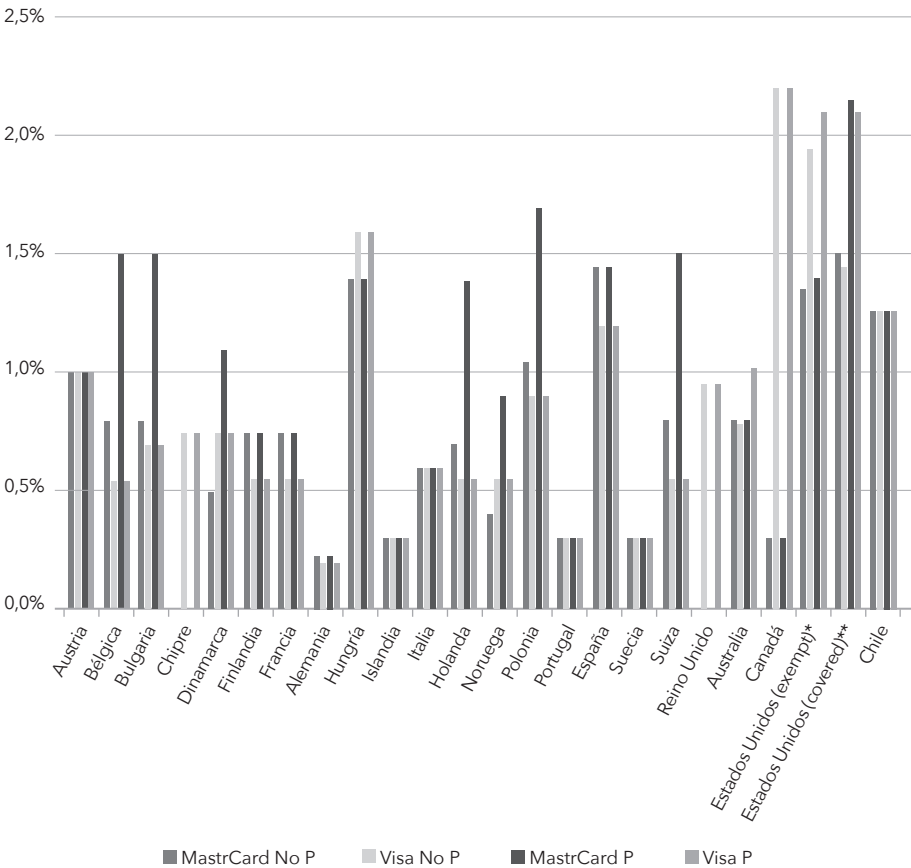


Fuente: Informe de fojas 1041, Tabla 13, para los datos de Chile y Kansas City Federal Reserve Bank para los otros países.

* Tasas de intercambio para bancos que no están cubiertos por la enmienda Durbin.

** Tasas de intercambio para bancos cubiertos por la enmienda Durbin.

Gráfico N° 6:
Comparación de las tasas de intercambio en tarjetas de crédito en diversos países, para el año 2015, y promedios para Chile en el año 2012



Fuente: Aporte de antecedentes de Transbank, a fojas 420, para los datos de Chile y Kansas City Federal Reserve Bank para los otros países.

*Nota: la denominación P y No P corresponde a la diferencia en las tasas de intercambio cobradas por transacciones realizadas con tarjetas Premium y No Premium.

447. Respecto de estos gráficos cabe señalar que, si bien los datos de Chile son del año 2012 y los de los países restantes corresponden al año 2015, la estabilidad presentada por las tasas de intercambio implícitas cobradas por Transbank entre los años 2005 y 2012 (mostrada en el informe de fojas 1041, Tabla 13 y en el aporte de antecedentes de Transbank, a fojas 420, Gráfico N° 18, reproducido en esta resolución en el gráfico N° 4) permiten suponer que el mismo nivel de tasas de intercambio se mantuvo en el caso chileno hasta el año 2015, haciéndolos comparables.

448. Luego, si bien existen algunos países en los que las tasas de intercambio son superiores a las implícitamente cobradas en Chile, la regla general es que éstas sean sustancialmente menores a las de nuestro país. Esto se evidencia principalmente en las tarjetas de débito, en cuyo caso diversos países han decidido regular

las tasas de intercambio (como también lo hizo Estados Unidos para ciertos tipos de instituciones bancarias, mostradas en el gráfico como Covered). Es más, en el caso de Europa y Australia se ha regulado tanto en el caso de las tarjetas de crédito como de débito. Cabe señalar que, si bien los datos de Chile son del año 2012 y los de los países restantes corresponden al año 2015, la estabilidad presentada por las tasas de intercambio implícitas cobradas por Transbank entre los años 2005 y 2012 (mostrada en el informe de fojas 1041, Tabla 13 y en el aporte de antecedentes de Transbank, a fojas 420, Gráfico N° 18, reproducido en esta resolución en el gráfico N° 4) permiten suponer que el mismo nivel de tasas de intercambio se mantuvo en el caso chileno hasta el año 2015, haciéndolos comparables.

449. Debe notarse que existen dos críticas potenciales a la utilización de las tasas de intercambio como comparador. La primera es que si bien la información internacional es compilada y publicada periódicamente por diversos organismos, en Chile no existe una tasa explícita cobrada por los emisores a los adquirentes (por el hecho de estar ambos verticalmente integrados), por lo que debe calcularse una tasa de intercambio implícita para este cotejo. Por su parte, la segunda crítica potencial consiste en que las tasas de intercambio representan sólo parte del merchant discount, que es el costo total que deben pagar los comercios y sobre los cuales toman sus decisiones de demanda de POS.

450. No obstante, es altamente probable que en otros países no se presente el mismo supuesto de rentabilidad asociada a la adquirencia que el existente en Chile. Aunque para nuestros efectos la rentabilidad de 18% de Transbank puede al menos asumirse como comparable con las rentabilidades en una industria oligopólica como la observada internacionalmente en adquirencia, lo cierto es que ese porcentaje sugiere que se podría estar sobreestimando la porción del merchant discount que quedaría en manos del adquirente en Chile, al tiempo que se subestimarían las tasas de intercambio que realmente perciben los bancos en nuestro país. Por esto, es razonable considerar la comparación de tasas de intercambio mostradas en los gráficos anteriores como un cotejo conservador de la situación en Chile respecto de otros países, validando así la comparación directa de tasas de intercambio (implícitas para Chile y explícitas para otros países) y las conclusiones que se desprenden de la misma.

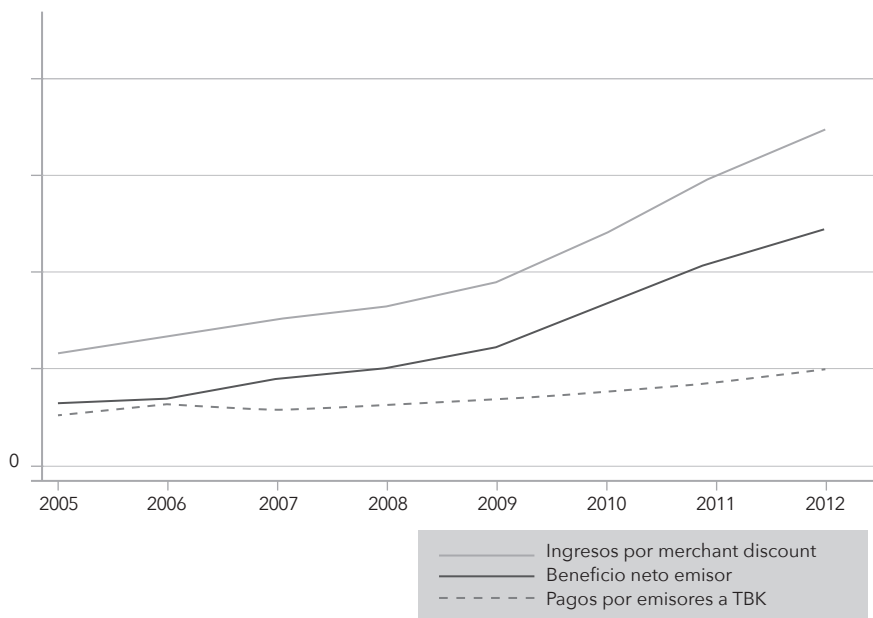
iv. Cuarto riesgo: rentas de la actividad adquirente y su disipación en el lado emisor

451. Relacionado con lo anterior, existe en cuarto riesgo derivado de la estructura actual del mercado, el que dice relación con el hecho que las rentas sobrenormales derivadas de la actividad adquirente no se disipan completamente en el lado emisor.

452. En efecto, si bien Transbank tiene una rentabilidad acotada (de 18%), el traspaso a los emisores de todo el excedente por sobre dicha rentabilidad, el aumento en el número de transacciones (véase Gráfico N°1), y la baja en los costos de procesamiento y adquirencia, han determinado que los ingresos de los bancos por concepto de tasas de intercambio implícitas se hayan incrementado en los últimos años. En este sentido, es posible asumir que ante un explosivo crecimiento en el número de transacciones y de clientes, los costos por cada transacción efectuada disminuirán, toda vez que parte de los costos de la infraestructura de red utilizada no dependen directamente del número de transacciones efectuadas.

453. En su escrito de fojas 1349 la FNE acompaña tres gráficos que muestran cómo los ingresos de los bancos a través de Transbank se han incrementado recientemente. El primero de éstos, y que resume tanto transacciones de crédito como de débito, se muestra a continuación:

Gráfico N° 7:
Ingresos de los bancos por concepto de merchant discount y beneficio neto para los emisores, descontado el pago de éstos a Transbank



Fuente: Presentación de la FNE, a fojas 1382 a 1383, figuras N° 5 y 6.

454. Como se vio al desarrollar la teoría económica y de competencia de esta industria, una de las justificaciones del cobro de tasas de intercambio es que éstas permiten fomentar la adopción de estos medios de pago por un mayor número de tarjetahabientes y otorgarles más beneficios, ya sea por medio del pago de menores comisiones o de devoluciones de dinero a través de puntos, millas u otros programas de fidelización.

455. La evidencia muestra, sin embargo, que dichas rentas no se disipan completamente a través de beneficios a los tarjetahabientes. Es así como el informe económico acompañado a fojas 1041 concluye para el caso de Transbank y los bancos emisores en Chile que "en el caso de los bancos controladores de Transbank esta disipación de rentas por el lado emisor sería del 20% del aumento de rentas adquirentes, y en el caso de los 10 bancos considerados, del 30%". Si bien este estudio no analiza directamente los niveles de las rentas obtenidas y los gastos producidos por la emisión y la adquirencia, el análisis de diferencias en los años recientes permite concluir que el incremento en las rentas obtenidas no se refleja en un aumento de

igual entidad en los gastos. Por tanto, las rentas de los emisores no se dispararían completamente, constituyendo una renta que no se sostendría en una industria más competitiva.

v. Quinto grupo de riesgos: otros derivados de variables distintas al precio (calidad de servicio e innovación)

456. A continuación, corresponde analizar las condiciones de competencia en la industria de los medios de pago atendiendo a otros factores no relacionados con el precio, tales como innovación y calidad de servicios.

457. En primer término, la teoría económica establece que una empresa con poder de mercado significativo carece de los mismos incentivos que una empresa que enfrenta mayor competencia para desarrollar estándares de calidad de los servicios que ofrece. En consecuencia, lo usual es que, en este caso, la calidad de dichos servicios sea inferior. Para comprobar este aserto respecto de Transbank, a continuación se analizan algunos indicadores que permiten evaluar la calidad de los servicios que ella presta como monopolista en adquisición y procesamiento adquirente en Chile, respecto de los mismos indicadores observados en otros países donde existe un mayor grado de competencia en parte de dichos servicios.

458. En primer lugar, la FNE ha argumentado que el nivel de cobertura de la red de Transbank estaría muy por debajo de países comparables en términos económicos (esto es, como producto interno bruto per cápita ajustado por paridad de poder de compra) y más aún si se compara con el nivel observado en países desarrollados.

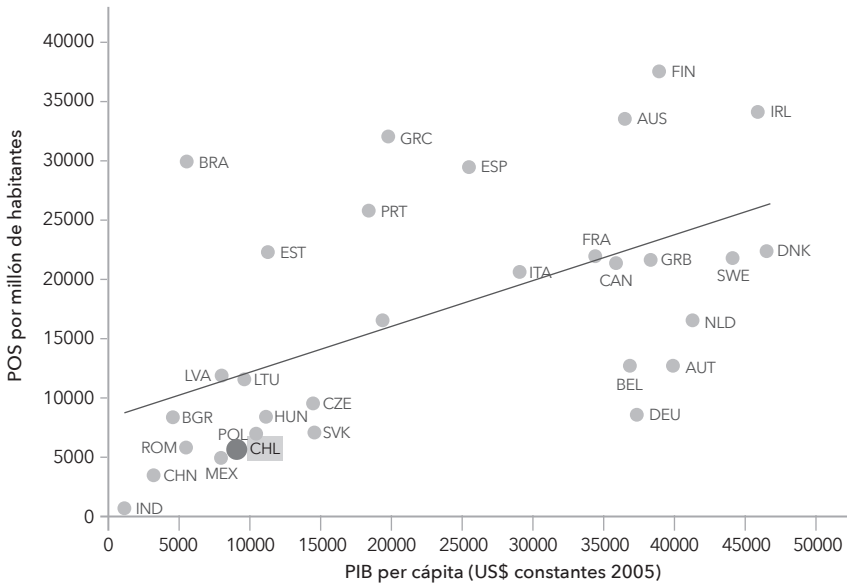
459. De acuerdo con información del Banco Mundial, aportada por la Fiscalía, la cobertura, en términos de POS por cada cien mil habitantes era, al año 2009, de aproximadamente 450, inferior al promedio mundial y lejos de aquella observada por esta misma fuente para dicho año en países desarrollados (en Austria era de 4.890, en Nueva Zelanda era de 3.916 y en Estados Unidos de 2.156 POS por cada 100.000 habitantes). De este modo, Chile se encontraba en una posición que no se corresponde con el nivel de desarrollo socioeconómico que enfrenta, principalmente por "la baja cobertura en algunas zonas del país [...] y la existencia de una serie de rubros con una muy baja penetración, como es el caso de transporte, librerías o artículos de oficina, canal tradicional alimentos, espectáculos, vivienda, entre otros" (Consulta de la FNE en rol NC 418-13, página 48, a fojas 1.434).

460. Transbank ha refutado estos números, señalando que la cobertura por cada cien mil habitantes se habría encontrado por sobre los 1.400 POS al año 2013. Es de notar que el informe del Banco Mundial es del año 2009 y, por tanto, probablemente utiliza datos de años anteriores a esa fecha.

461. Si bien no existe en autos información suficiente para comparar la metodología utilizada por Transbank y por el Banco Mundial para determinar los datos antes mencionados, resulta razonable inferir que, en caso de haber existido un sesgo determinado en la encuesta del Banco Mundial, éste se habría replicado para todos los países encuestados. Por tanto, la conclusión de la FNE en cuanto a que la penetración de POS por cada cien mil habitantes en Chile sería comparativamente baja es correcta, independiente del número específico.

462. Consistente con dicha conclusión, el informe económico de fojas 1041 muestra que el nivel de cobertura de Transbank en términos de POS por millón de habitantes es claramente inferior al de países desarrollados, siendo comparable con países como México o Rumania, como se muestra en el Gráfico N° 8.

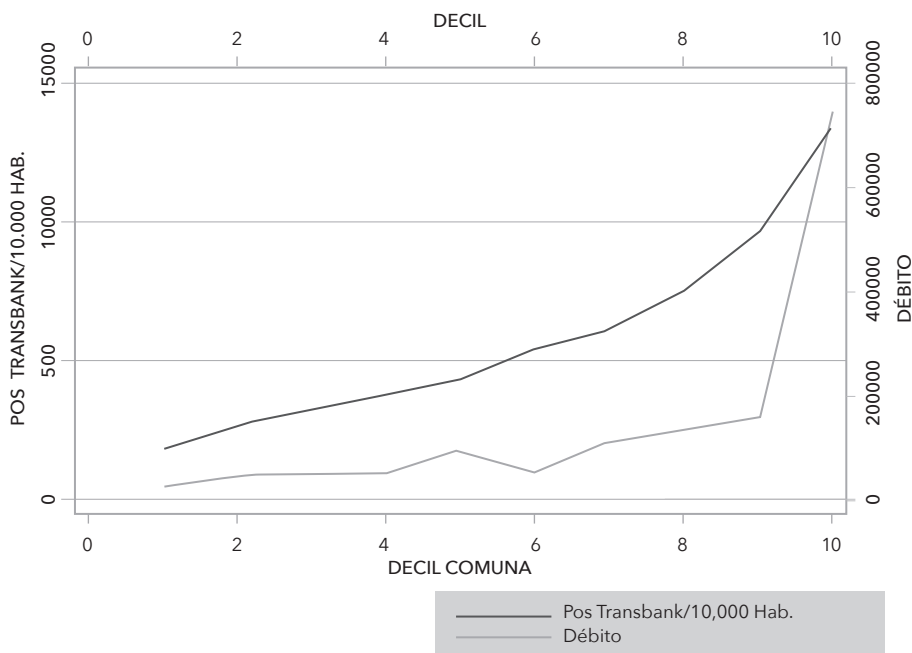
Gráfico N° 8:
Número de POS por nivel de ingreso per cápita al año 2011



Fuente: Informe de fojas 1041, Figura 7.

463. Además de lo anterior, la FNE ha argumentado que existiría una desigualdad en el acceso a comercios habilitados para recibir tarjetas de acuerdo al segmento socioeconómico al que pertenecen. Así, en sectores de mayores ingresos se observaría una mayor cantidad de POS por cada 10.000 habitantes, como muestra el siguiente gráfico (N°9), acompañado por la Fiscalía a fojas 1443:

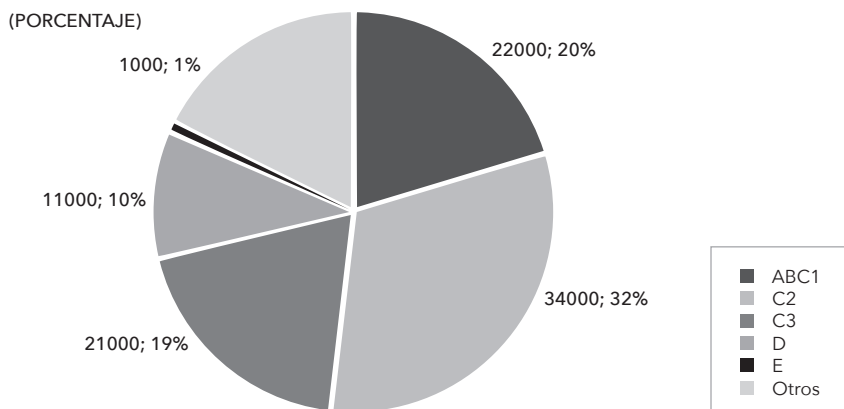
Gráfico N° 9:
Penetración medida en número de POS por cada 10.000 habitantes, por decil socioeconómico



Fuente: Presentación de la FNE, a fojas 1443.

464. Transbank, por su parte, acompañó el siguiente gráfico (N° 10) con el objetivo de mostrar lo contrario, esto es, la inexistencia de desigualdad en el número de POS por segmento socioeconómico.

Gráfico N° 10:
Número de POS y porcentaje del total por segmento socioeconómico



Fuente: Elaboración propia en base a información de Transbank, a fojas 426.

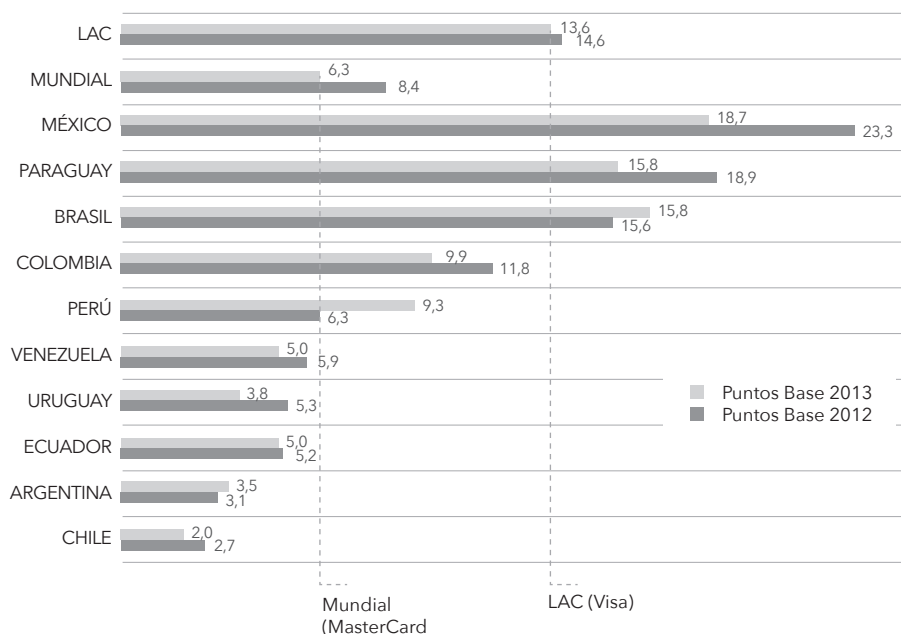
465. Sin embargo, el gráfico N° 10 en realidad confirma -no desvirtúa- lo señalado por la Fiscalía (que mientras más ingresos tiene un determinado grupo de la población, mayor es su cobertura). En efecto, si se considera que los segmentos socioeconómicos más altos tienen menos cantidad de población, esto quiere decir que si tanto el segmento ABC1 como el C3 (donde el número de personas es de varios órdenes de magnitud mayor que en el primero) presentan un número similar de locales afiliados, la penetración por persona en el segmento ABC1 es muy superior a aquella que se observa en el segmento C3.

466. En suma, si bien no consta en autos información suficiente acerca de la cobertura actual de Transbank, existen variados indicios que muestran que el nivel de cobertura sería menor al de países comparables, y mucho menor al observado en economías desarrolladas. A esto se agrega la existencia de una falencia en la cobertura, especialmente en los sectores socioeconómicos de menores ingresos; lo que es particularmente relevante atendido que en dicho sector socioeconómico es donde justamente, por razones extra-económicas, la sustitución de dinero en efectivo por las tarjetas como medio de pago podría producir mayores beneficios sociales.

467. En lo que respecta a la capacidad de Transbank para innovar y así ofrecer nuevas tecnologías, manteniendo elevados estándares de calidad a adquirentes y tarjetahabientes, la FNE ha señalado que el sistema vigente habría producido deficientes niveles de innovación, pues no habrían sido adoptadas diversas soluciones que internacionalmente se encuentran masificadas, como el sistema de pago por medio de teléfonos móviles, o soluciones específicas para diversos nichos del mercado que no han sido servidos. La Fiscalía indica que, al ser Transbank el único adquirente no existirían en el mercado chileno incentivos para innovar ni para contratar a otros actores que podrían desafiar este mercado introduciendo nuevas tecnologías.

468. Transbank, por su parte, ha señalado que medir o comparar niveles de innovación resulta particularmente difícil. La lentitud en adoptar algunas tecnologías de pago innovadoras se debería a la necesidad de probarlas exhaustivamente antes de introducirlas en el mercado, con el fin de mantener la seguridad del sistema ante posibles fraudes. En apoyo de este aserto, acompañó un gráfico (N°11), a fojas 440, que muestra que las transacciones en Chile tienen una tasa de fraude mucho menor a las que se observan regularmente en América Latina y al promedio mundial.

Gráfico N° 11:
Índices de fraude por país, comparación en puntos base para los años 2012 y 2013



Fuente: presentación de Transbank, a fojas 440.

469. En nuestra opinión, la integración vertical en esta industria y, sobre todo, la propiedad conjunta de los emisores en Transbank, generan también falta de presión para innovar en los mercados de pagos con tarjetas. En efecto, cuando un emisor cualquiera desea ganar participación en el segmento emisor a través de mejoras tecnológicas, debe requerir que Transbank (en su calidad de único adquirente) acepte o se adapte a tales innovaciones. Sin embargo, dada la estructura de propiedad, esto no sólo genera un riesgo cierto de que la información estratégica relacionada con dichos avances sea compartida con todos los demás emisores, quienes por tanto también tendrán injerencia en el desarrollo de la innovación, sino que el beneficio será compartido con otros emisores y los costos soportados sólo por el desarrollador. En consecuencia, se inhibe el desarrollo de nuevas tecnologías como estrategia unilateral competitiva.

470. Cualquiera sea su causa, el problema de la subinversión en innovación se exagera tanto por la participación conjunta de los bancos en adquirencia a través de Transbank, como por la característica de mercado de dos lados que tiene esta industria. En efecto, en el caso que los emisores realizaran por sí mismos la labor de adquirencia, los desarrollos tecnológicos en un segmento (por ejemplo, en el emisor) serían transferidos más rápidamente al otro segmento (por ejemplo, el adquirente), pudiendo ganar participación en ambos segmentos con una misma inversión. Esto, en la práctica, incentivaría el desarrollo de nuevas tecnologías en ambas partes del mercado, toda vez que los beneficios de la innovación serían privados, es decir de

quien innovó, y no comunes a todos los emisores propietarios de Transbank.

471. La pregunta de fondo a este respecto es si la relativa lentitud en adoptar tecnologías innovadoras en esta industria efectivamente se “compensa” con mayores estándares de seguridad que garanticen la seguridad de los clientes en el mercado. Sin embargo, no existen mayores antecedentes en autos que permitan verificar si la falta de innovación es consecuencia de la búsqueda de altos niveles de seguridad o, simplemente, ambas variables son productos de otras decisiones estratégicas de Transbank. La información acompañada no permite contar con un contrafactual basado en inversiones en innovación y seguridad bajo el supuesto que existe mayor presión competitiva al nivel de adquirencia.

vi. Sexto riesgo: potencial traspaso de información sensible

472. Un último grupo de riesgos surge de la existencia de interlocking directorates y de otras situaciones similares; es decir, provienen del hecho que los directores y quienes conforman comités de marketing y de acciones promocionales de Transbank, entre otros, son ejecutivos de los propios bancos que participan de la propiedad de esta última. De este modo, si bien no existe una participación directa de ejecutivos de un banco en el directorio de otro banco competidor evidentemente se genera una instancia de reunión entre ejecutivos de entidades que deberían competir en otros mercados.

473. El cuadro N° 6 da cuenta de los directores de Transbank que ejercen algún cargo en uno de los bancos que participa en la propiedad de dicha empresa.

Cuadro N° 6
Directores de Transbank, bancos a los que están asociados y cargos que ejercen o ejercieron en dichos bancos.

Director	Banco asociado	Cargo en dicho banco
Fernando Cañas Berkowitz (P)	Banco de Chile	Ex Gerente General
Miguel Mata Huerta (VP)	Banco Santander	Subgerente General
Rogério Braga Carvalho	-	-
Mauricio Fuenzalida Espinoza	BBVA	Ex Gerente División Desarrollo de Negocios
Andrés Heusser Risopatrón	Santander	Presidente del Directorio Santander Asset Management S.A.
Rodrigo Tonda Mitri	Banco de Chile	Gerente División Marketing y Clientes
Julio Acevedo Acuña	-	-
Patricio Subiabre Montero	BCI	Gerente de Operaciones y Tecnología
Arturo Tagle Quiroz	Banco de Chile	Ex Gerente General
Nicolás Sáenz Castro	-	-

Fuente: Elaboración propia a partir de la información de www.transbank.cl

474. La situación descrita podría llevar a que en el seno de Transbank se produzcan traspasos involuntarios o intencionales de información relevante y sensible relativa a las actividades emisoras de un banco a otros competidores. Tal información puede morigerar los incentivos a competir en el segmento emisor, más aún si muchos de los eventuales desarrollos que se puedan presentar en éste deben ser informados y aprobados por un directorio formado por ejecutivos de los competidores.

475. Además, existe el riesgo de que los emisores utilicen esta instancia para coordinar conjuntamente las políticas de adquirencia que todos han delegado en Transbank, y que pueden llevar al cierre de mercado a potenciales nuevos adquirentes que pudieran competir con el monopolista. Este riesgo no sólo se limita a la adquirencia, dado que resulta al menos plausible inferir que los emisores discutirán políticas que se relacionan con los segmentos adquirente y emisor.

IX. Principales propuestas de cambios normativos revisadas en este proceso

476. Finalmente, tras revisar la estructura de la industria de los medios de pago con tarjetas y sus condiciones de competencia, en esta sección son expuestas, de manera descriptiva, las principales propuestas de modificación normativa realizadas por los intervinientes, así como los proyectos de ley relativos a esta industria que actualmente se tramitan en el H. Congreso Nacional y algunas referencias comparadas al mercado de pagos con tarjeta internacional.

IX.1 Limitación de la actuación conjunta de emisores en la adquirencia

477. Una primera propuesta consiste en la limitación de la actuación conjunta de los emisores en la adquirencia. Esa propuesta fue originalmente planteada por la FNE en el proceso no contencioso tramitado ante este Tribunal bajo el rol N° 418-2013, relativo a la revisión del Dictamen N° 757 de la H. Comisión Preventiva Central, y luego reiterada en este expediente (fojas 800 y siguientes, y fojas 1349 y siguientes).

478. La medida propuesta en este expediente consiste en permitir que los bancos e instituciones financieras puedan ofrecer servicios de adquirencia conjuntamente, ya sea a través de cualquier tipo de asociación entre ellos o por medio de la delegación del rol adquirente a un tercero, siempre que la suma de sus participaciones de mercado no exceda el 30% del monto total de transacciones pagadas con tarjetas de aceptación universal. El objetivo de dicha limitación sería evitar que los dos principales actores del mercado (Banco Santander y Banco de Chile) sigan actuando conjuntamente en el rol adquirente.

479. A juicio de la Fiscalía, la medida sería esencial para modificar el esquema de incentivos existente en el mercado, pues, de lo contrario, resulta inverosímil pensar que los bancos propietarios de Transbank tendrán interés en desplegar una red de adquirencia competidora. Los bancos no accionistas de Transbank y los emisores no bancarios tampoco tendrían incentivos para desafiar al incumbente, pues su tamaño no les permitiría ampliar su giro a la adquirencia o simplemente no sufrirían los efectos dañinos del monopolio, al pagar a Transbank las mismas tarifas que los emisores accionistas (fojas 1476 a 1478). Para la FNE, el esquema de incentivos existente sería la razón por la cual el acuerdo conciliatorio del proceso C N° 16-2004 habría resultado ineficaz para abrir la adquirencia de tarjetas de crédito y débito.

480. A favor de la propuesta de la Fiscalía se manifestó OPS (fojas 62), indicando que cada banco que actualmente opera a través de Transbank debería conservar la cartera de clientes afiliados para que el nuevo mercado funcione de forma más competitiva (fojas 64).

481. Transbank se manifestó en contra de esta propuesta. En su opinión, la intervención regulatoria debe enfocarse en aquellos aspectos en los que precisamente hay fallas y cumplir con estándares de proporcionalidad. En este sentido, si se trata de disipar eventuales rentas sobre-normales en el cobro de merchant discounts, el remedio idóneo no sería la imposición de medidas estructurales a las actividades propiamente adquirentes, pues sólo el veinte por ciento de los merchant discounts se pagarían al adquirente. Por el contrario, la herramienta adecuada sería la determinación correcta e independiente de tasas de intercambio explícitas. En segundo lugar, la medida regulatoria sería innecesaria pues los servicios adquirentes de Transbank se tarifican a costo económico. En tercer término, la desintegración vertical forzosa disiparía muchas de las eficiencias propias del sistema chileno (bancarización, estándares de seguridad, desarrollos no propietarios, cobertura a segmentos no rentables, etcétera). En cuarto lugar, Transbank indicó que la medida ni siquiera podría ser efectiva para lograr su objetivo, ya que la regla Honor all cards no impide que un adquirente integrado verticalmente con bancos con menos del 30% de participación de mercado realice prácticamente el cien por ciento de la adquirencia. Finalmente, sostuvo que las medidas de desintegración vertical forzosa son extremas y deben ser impuestas excepcionalmente, citando al efecto experiencia comparada (fojas 455 a 457).

482. En el mismo sentido, el Banco Santander sostuvo que el establecimiento de límites a las cuotas de mercado en la adquirencia no sería una vía adecuada, pues: (i) el mercado perdería dinamismo y presión competitiva; (ii) la estructura jurídica y el modelo de negocios relativo a la adquirencia carecería de estabilidad, atendida la variación de las cuotas de mercado de los bancos emisores; (iii) el ingreso de bancos emisores a la adquirencia saturaría el mercado, impidiendo el desarrollo de nuevos adquirentes; y (iv) se perderían economías de escala, de ámbito y de red con las que actualmente operaría Transbank en la adquirencia, generado un alza ineficiente de costos, mayores comisiones a establecimientos y/o tarjetahabientes, eventualmente menor afiliación y una caída en la utilización de medios de pago electrónicos. Adicionalmente, Banco Santander argumentó que la limitación de la propiedad de los bancos en Transbank no permitiría evitar la doble marginalización y generaría efectos de free-riding respecto de inversiones que favorecen a toda la industria, tales como iniciativas de marketing y desarrollo de medidas de seguridad (fojas 143 a 149).

483. Tanto el Banco de Crédito de Inversiones (fojas 529 y siguientes) como Scotiabank (fojas 542 y siguientes) resaltaron que Transbank prestaría un buen servicio a tarifas competitivas y les permitiría acceder a economías de escala y de gestión en los roles de afiliación y procesamiento que no serían alcanzables de otro modo. En particular, Scotiabank plantea que una limitación de la actuación conjunta de los bancos en Transbank tendría efectos dañinos para la competencia, pues afectaría más significativamente a los bancos con menores participaciones de mercado.

484. En un sentido similar, American Express indicó que la propuesta de la FNE podría perjudicarla competitivamente frente a sus competidores MasterCard y Visa, al no poder alcanzar las economías de escala y de red que obtendría Transbank.

A su juicio, la limitación de la participación conjunta de los emisores en la adquirencia se podría transformar en una barrera para el ingreso de nuevos actores o el crecimiento de los actores existentes (fojas 90, 94 y 95). American Express también sostuvo que, en el evento de acogerse la proposición de la Fiscalía, deberían adoptarse resguardos para evitar que ello afecte la aceptación de tarjetas. A su juicio, la revocación de los mandatos de afiliación a Transbank no debiera afectar a los contratos de afiliación, los que debieran entenderse celebrados entre emisores y comercios (fojas 97).

485. Por otra parte, la moción parlamentaria tramitada bajo el Boletín N° 10399-03 plantea una serie de reformas a la industria de tarjetas como medio de pago electrónico. Una de las reformas propuestas, de sentido similar a la reforma planteada por la FNE, consiste en incorporar un nuevo artículo 75 bis a la LGB, del siguiente tenor: “[l]as sociedades de apoyo al giro, que realicen operaciones que puedan ser necesarias para las actividades previstas en el artículo 69, número 24), [emisión y operación de tarjetas de crédito y débito, según otra reforma propuesta por la moción] y que dentro de dicha actividad realicen adquirencia de comercios para la operación de pagos con tarjeta, no podrán actuar como mandatario de los emisores para la negociación de la comisión al comercio, estando los emisores de tarjetas y medios de pagos obligados a dicha negociación de forma individual”.

IX.2 Definición de roles de emisores, adquirentes, procesadores y proveedores de red en regulación sectorial

486. Enseguida, varios intervinientes plantearon la necesidad de modificar la regulación sectorial del Banco Central y la SBIF, definiendo claramente los roles de los distintos actores que intervienen en el funcionamiento de los sistemas de pagos con tarjetas.

487. Banco Santander propuso que la regulación sectorial definiera el rol adquirente diferenciándolo del rol emisor. En su concepto, el adquirente debería ser definido como quien presta servicios a los establecimientos de comercio y asume la obligación de adquirir a tales establecimientos los cupones o los créditos generados por la utilización de tarjetas contra los emisores. La regulación sectorial debiese establecer requisitos sobre naturaleza jurídica, responsabilidad de pago, capitalización, reservas, gestión y control de fraudes y riesgos operacionales. A su juicio, al definir a los adquirentes como cesionarios de los cupones o de los créditos generados por la utilización de las tarjetas contra los emisores, resultaría innecesario exigir un mandato respecto de la relación emisor-adquirente. En virtud de esta regulación, los adquirentes podrían exigir a los emisores los pagos sin necesidad de haber celebrado un contrato con ellos. El Banco Santander sostuvo que su propuesta va en el mismo sentido que las opiniones emitidas por el Banco Estado de Chile y la red adquirente GetNet en el proceso no contencioso rol 418-13 (fojas 151 a 153).

488. Por otra parte, Multicaja propuso modificar el artículo 35 N° 7 de la LOC del Banco Central, para otorgarle a dicho organismo la potestad de dictar las normas a que deberán sujetarse las empresas cuyo giro consista en la emisión, adquirencia, operación o procesamiento y/o el otorgamiento de licencias de adquirencia y emisión de tarjetas de crédito o débito, o cualquier otro sistema similar. Multicaja también sugirió modificar el artículo 2° de la LGB, con el objeto de sujetar a la fis-

calización de la SBIF a las empresas cuyo giro consista en la emisión, adquisición, operación o procesamiento y/o el otorgamiento de licencia de adquisición y emisión de tarjetas o de cualquier otro sistema similar, siempre que dichos sistemas importen que el emisor, adquirente, operador o licenciante contraiga habitualmente obligaciones de dinero con el público o con ciertos sectores específicos (fojas 766).

489. MasterCard propuso que la regulación sectorial debiera reconocer el rol de los proveedores de red, pues éstos cumplirían un importante papel en el correcto funcionamiento de los mercados de medios de pago. Sugirió como definición de proveedor de red aquella persona jurídica cuyo giro consiste en la provisión de canales electrónicos o sistemas de red que permitan la interconexión simultánea de operadores y emisores (foja 504).

490. Cabe destacar que, de acuerdo a Multicaja (fojas 742 y siguientes), en Estados Unidos se encontrarían claramente diferenciados los roles de los distintos actores en este mercado. Así, la Federal Reserve distinguiría entre el rol de procesador y el rol adquirente. Si bien el primero puede llevar a cabo todas las funciones de procesamiento de transacciones para un comerciante o un adquirente, si no liquida las transacciones con el comercio no puede ser considerado un adquirente. La entidad que adquiere transacciones de débito electrónicas sería la responsable ante otras partes por el monto de la transacción. Por otra parte, el procesador sería considerado como red de tarjetas de pago si, además de actuar como procesador, enruta la información y datos de una transacción recibida de un comerciante o del adquirente hacia un emisor.

491. Asimismo, el Reglamento N° 751/2015 de la Unión Europea también establece la separación entre el régimen de pago con tarjeta y las actividades de procesamiento. El régimen de pago con tarjeta corresponde a un "conjunto único de disposiciones, prácticas, normas y/o directrices de aplicación para la ejecución de operaciones de pago con tarjeta, que es independiente de cualquier infraestructura o sistema de pago en que se sustente su funcionamiento y en el que se incluyen cualesquiera órganos, organizaciones o entidades decisorios específicos que sean responsables de su funcionamiento" (artículo 2.12). Por otra parte, el procesamiento es definido como "la realización de servicios de procesamiento de operaciones de pago consistentes en las acciones requeridas para la gestión de una orden de pago entre el adquirente y el emisor" (artículo 2.17).

492. El artículo 7 del Reglamento N° 751/2015 dispone que debe existir una separación entre las entidades procesadoras y el régimen de pago con tarjeta, lo que se traduce en: (i) independencia en términos de contabilidad, organización y procesos de toma de decisiones; (ii) los precios por el funcionamiento del régimen de tarjetas como medio de pago y de las actividades de procesamiento no deben presentarse de manera atada ni deben subsidiarse en forma cruzada tales actividades; (iii) no deben discriminar en modo alguno entre sus filiales o accionistas, y otros usuarios del sistema de pagos; y (iv) tampoco deben condicionar la provisión de un servicio a la aceptación de otro servicio que ellos ofrezcan.

IX.3 Imposición de obligaciones de contratación a emisores

493. Otra alternativa regulatoria propuesta por algunos intervinientes consiste en la imposición de obligaciones de contratación a los emisores.

494. En este sentido, Multicaja planteó que una de las formas de resolver los problemas de competencia que pueden derivarse de la estructura de integración vertical es la imposición de obligaciones de contratación a operadores y adquirentes y a emisores. Su propuesta supone que los emisores de tarjetas de crédito y débito deben contar con procedimientos y condiciones de contratación de operadores y adquirentes que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios (fojas 769).

495. En una línea similar, la moción parlamentaria formulada por un conjunto de H. Diputados en el año 2012 y que actualmente se tramita ante el H. Congreso Nacional con el Boletín N° 8331-05, propone modificar el artículo 69 N° 24 de la LGB, estableciendo como nuevo inciso primero: “[l]os bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: (...) 24) Emitir y operar tarjetas de crédito y débito, para lo cual los Bancos deberán ofrecer a los clientes y a los comercios adheridos al menos dos opciones de red transaccional, y en donde al menos una de ellas no se encuentre relacionada con los bancos emisores”.

496. La FNE manifestó su escepticismo respecto de lo propuesto en esta moción parlamentaria, sosteniendo que si bien intenta forzar la entrada de un competidor al mercado de la adquirencia, ello no obsta a que dicho competidor deba desenvolverse en el mercado según las condiciones que le impongan los bancos integrados verticalmente en Transbank (fojas 1483).

497. Por otra parte, otra moción parlamentaria relacionada con obligaciones de contratación es la moción N° 10399-03 propone que los bancos deben permitir la participación de operadores autorizados por la Superintendencia en el sistema de pagos. Para esos efectos, sugiere obligar a los bancos a efectuar las certificaciones que sean necesarias, fijar tasas de intercambio y otorgar condiciones de funcionamiento del sistema, las que no podrán ser más gravosas que las que racionalmente se impondrían a sus propios operadores (propuesta de reforma al artículo 69 N° 24 de la LGB).

IX.4 Regulación del licenciamiento de marcas de tarjetas de débito y crédito

498. Otra medida, propuesta por Multicaja, consiste en que las empresas de licenciamiento de marcas internacionales de tarjetas de crédito y débito sean reguladas por las normas del Banco Central y que se les impongan obligaciones de contratación. Específicamente, que dichas empresas sean obligadas a establecer procedimientos y condiciones de otorgamiento de licencias de adquirencia, y de registro y/o certificación de procesadores de tarjetas u otros proveedores de servicios, que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios.

499. Adicionalmente, y con el objeto de dejar sin efecto en Chile la llamada regla NAWI (No acquiring without issuing), Multicaja planteó que los licenciarios no debieran poder exigir para el otorgamiento de licencias de adquirencia el tener la calidad de entidad bancaria o emisor (fojas 768).

500. La solución propuesta por Multicaja se asemeja con la regulación australiana. En efecto, tal como se detalló anteriormente (párrafos 260 y siguientes) la Payment Systems (Regulation) Act 1998 otorga al RBA la facultad de designar ciertas redes de pagos con tarjetas como de interés público y, con ello, imponerle regulaciones de acceso abierto. Este acceso es definido como el derecho o la idoneidad de

una persona para convertirse en partícipe del sistema de pagos, como usuario del sistema, sobre la base de términos comerciales razonables y justos, (sección 7). El régimen de acceso abierto impuesto por el RBA debe considerar los intereses (i) públicos, (ii) de los actuales partícipes del sistema de pagos y (iii) de quienes, en el futuro, puedan querer acceder al sistema (sección 12).

501. En el año 2004 el RBA impuso obligaciones de acceso abierto a las redes de tarjetas de crédito MasterCard y Visa. Como primer aspecto, el RBA estableció que ciertas entidades financieras reguladas fueron calificadas por el regulador como idóneas para participar en la red. También dispuso que el administrador de la red puede permitir la participación de otras entidades, debiendo fijar para ello criterios de idoneidad relacionados con los riesgos derivados de la participación de esos actores en la red, sus partícipes y los tarjetahabientes o los comercios (elegibility criteria). Asimismo, el RBA exigió a los administradores de red fijar criterios para evaluar las postulaciones para participar en las respectivas redes (assessment criteria). El RBA reguló el procedimiento de postulación a las redes de MasterCard crédito y Visa crédito, imponiendo obligaciones de publicidad de los criterios de idoneidad y de evaluación, de tramitación oportuna de las postulaciones y de reporte al RBA.

502. El RBA también ha impuesto obligaciones de acceso abierto respecto de tarjetas de débito. En agosto de 2005 impuso el régimen de acceso abierto para la red de Visa débito y en septiembre de 2006 para la red nacional EFTPOS. Esas obligaciones de acceso abierto fueron dejadas sin efecto mediante decisiones de 2014 y 2015, respectivamente.

503. La propuesta de Multicaja también encuentra cierto respaldo en la legislación europea. La Directiva N° 2007/64 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interno, establece, en su artículo 28, el acceso a los sistemas de pago, obligando a los Estados Miembros a asegurarse que las reglas de acceso sean objetivas, no discriminatorias y proporcionadas. Adicionalmente, tales reglas no deben inhibir el acceso más de lo necesario para salvaguardar riesgos específicos, como riesgos de liquidación, de operación o de negocios y para proteger la estabilidad financiera y operacional del sistema (28.1.).

IX.5 Oferta desagregada de servicios de procesamiento e interconexión de redes

504. Otra alternativa regulatoria planteada en el proceso consiste en establecer un régimen de acceso abierto en la actividad de procesamiento. Subyace a esta medida la distinción entre las actividades de emisión y adquirencia, que suponen esencialmente el desarrollo de relaciones comerciales con los tarjetahabientes y los comercios, y la de procesamiento, que se caracteriza por cumplir un papel tecnológico y operativo de apoyo a dichas actividades e implica altos requerimientos técnicos e inversión en infraestructura. De esta forma, se busca evitar la negativa de acceso a las redes de procesamiento y que esta se constituya en una barrera a la entrada para quienes quieran actuar como emisores o adquirentes.

505. En este sentido, la imposición de un régimen de acceso abierto a la actividad de procesamiento tendría por objeto permitir que emisores o adquirentes ingresen a la actividad adquirente sin encontrarse necesariamente integrados verticalmente con un procesador, pudiendo contratar con Transbank aquellos servicios de procesamiento que presenten economías de escala relevantes.

506. Cabe destacar además que algunos intervinientes, junto con la desagregación de redes, plantearon establecer obligaciones de interconexión entre los actores de la industria de pagos con tarjetas. En virtud de dichas obligaciones, los bancos e instituciones financieras, los operadores, los adquirentes y otras empresas a las que se haya encargado alguna función relacionada con los negocios de emisión, operación o adquirencia de tarjetas de crédito, deberían establecer mecanismos operativos necesarios que garanticen la plena interconexión entre ellos.

507. Se manifestaron a favor de esta propuesta de desagregación de redes la FNE (foja 1492), Transbank (fojas 450) y el Banco Santander (fojas 157 a 161). A juicio de algunos intervinientes, el acceso a los servicios que Transbank realizaría de manera desagregada, bajo precios eficientes y términos no discriminatorios, permitiría mayor competencia en la adquirencia sin necesidad de fijar cuotas de mercado o imponer medidas de desintegración vertical. Adicionalmente, Transbank se manifestó a favor de tarificar los servicios involucrados en la operación y desarrollo a costo económico, mientras mantenga una posición dominante en la prestación de esos servicios (fojas 452).

508. En el mismo sentido de esta propuesta, actualmente existe un proyecto de ley en tramitación ante el H. Congreso Nacional que se refiere a esta materia (Boletín N° 9201-03). En el proyecto se pretende imponer obligaciones de acceso abierto a los operadores de tarjetas de pago, quienes deberán: (i) establecer condiciones y requisitos públicos, generales, transparentes, objetivos y no discriminatorios para prestar sus servicios a emisores u otros operadores, y (ii) prestar dichos servicios a todo emisor u operador que cumpla con tales condiciones y requisitos (artículos 3 y 4 del proyecto de ley). Los operadores deberán mantener en su sitio electrónico una descripción detallada de cada uno de los servicios ofrecidos, además de enviar una copia de la misma a la SBIF el primer día hábil de cada trimestre (artículo 5 del proyecto de ley).

509. En el proyecto, la obligación de acceso abierto está condicionada a una calificación expresa por este Tribunal, a solicitud de quien tenga interés legítimo, respecto a que las condiciones de competencia en uno de los mercados involucrados en tarjetas de pago no sean suficientes para garantizar un régimen de libertad de acceso. En tal caso, la obligación de acceso abierto debe hacerse efectiva dentro de un plazo de 360 días contados desde que la resolución quede ejecutoriada (artículo 3 del proyecto de ley). Agrega el proyecto de ley que este Tribunal también podrá dejar sin efecto la obligación de acceso abierto, mediante un pronunciamiento expreso, si las condiciones existentes en el mercado resultaren suficientes para garantizar un mercado competitivo (artículo 6 del proyecto de ley).

510. El proyecto de ley también contempla imponer obligaciones de interconexión. Para esos efectos, todo operador deberá efectuar las modificaciones necesarias para permitir la interoperabilidad y establecer interconexiones a su red de operación de tarjetas de pago, hasta los puntos definidos como de interconexión con los emisores u operadores que así lo soliciten (artículo 7).

511. Diversos intervinientes se refirieron expresamente al proyecto de ley. Banco Santander planteó que: (i) el régimen de acceso abierto también debería extenderse a los adquirentes (distinguiendo éstos de los emisores y operadores), previa regulación del Banco Central (fojas 160); y (ii) la desagregación de servicios debiera

realizarse con precaución, atendiendo que ciertos servicios se suministrarían naturalmente en forma conjunta, de manera que su separación podría ser ineficiente (fojas 160).

512. MasterCard propuso una nueva redacción para el artículo 3 del Boletín N° 9.201-03, en el siguiente sentido: (i) la calificación efectuada por este Tribunal podría realizarse mediante un procedimiento contencioso, no contencioso o de dictación de instrucciones de carácter general; (ii) el régimen de acceso abierto podría afectar tanto a emisores como a operadores; (iii) la calificación que gatillaría el régimen de acceso abierto consistiría en que tales emisores u operadores, actuando individualmente o en forma conjunta, tienen una posición de dominio; (iv) los beneficiarios del régimen de acceso abierto serían emisores, operadores o adquirentes; (v) el régimen de acceso abierto obligaría a establecer condiciones y requisitos públicos, generales, transparentes, objetivos y no discriminatorios para prestar sus servicios; cobrar tarifas basadas en costos marginales; ofrecer servicios de procesamiento en forma desagregada y prestar sus servicios a cualquier emisor u operador que cumpla con las condiciones y los requisitos aplicables. MasterCard también propuso que la calificación de dominancia implique la prohibición de ofrecer servicios de adquirencia en forma conjunta, ya sea directa o indirectamente. Finalmente, MasterCard sugirió establecer una presunción de derecho de dominancia para aquellos emisores u operadores que, actuando individualmente o en forma conjunta, concentren más del 30% de las tarjetas de crédito, débito y prepago de aceptación universal o más del 30% del monto total en dinero de las transacciones efectuadas con dichas tarjetas (fojas 505 y 506).

513. Por otro lado, Multicaja criticó el proyecto de ley N° 9.201-03, sosteniendo que se basaría en un supuesto erróneo: que la función de procesamiento constituiría una facilidad esencial, difícil de replicar. Sostuvo que en el último tiempo han surgido nuevos actores que se encontrarían en condiciones de participar competitivamente tanto en el procesamiento como en la adquirencia de comercios para la aceptación de tarjetas como medios de pago. Por consiguiente, planteó que para fomentar la competencia en la industria chilena debería promoverse la competencia entre los distintos agentes bajo un modelo de cuatro partes, permitiendo la participación de nuevos actores en procesamiento y adquirencia (fojas 760 y 761). Sin perjuicio de lo anterior, Multicaja se manifestó de acuerdo con que operadores y adquirentes deban establecer condiciones y requisitos de provisión de servicios públicos, generales, objetivos, razonables y no discriminatorios, y prestar dichos servicios a todo emisor, adquirente u operador que cumpla con tales condiciones y requisitos. También propuso que los adquirentes que se encuentren relacionados con un operador de tarjetas de crédito o débito, o que realicen pagos anuales a comercios no relacionados iguales o superiores a UF 1.000.000, cuenten con procedimientos y condiciones de contratación de operadores que sean públicos, generales, transparentes, objetivos, razonables y no discriminatorios (fojas 769).

514. OPS propuso imponer la desagregación efectiva de los servicios y etapas de la operación del sistema de tarjetas de débito y crédito. Para ello, señaló que la obligación de formular ofertas de facilidades debiera detallar los elementos y las funciones que las integran, así como los precios y demás condiciones técnicas y comerciales. OPS también planteó que los servicios comprendidos en dichas ofertas de facilidades sean sometidos a tarificación en el evento que sus precios no estén sustentados en costos y así lo califique este Tribunal (fojas 62 a 64). OPS también

se manifestó a favor de la imposición de obligaciones de interconexión entre los diversos actores del sistema de pagos con tarjetas (fojas 63), precisando que deberían establecerse condiciones técnicas para que, en el evento de existir más de un adquirente presente en un mismo comercio, no exista multiplicidad de POS (fojas 65).

515. El Banco Central de Chile señaló compartir “la conveniencia de evaluar medidas orientadas a asegurar una mayor conectividad en materia de interconexión del sistema de tarjetas de crédito y débito para fines de resguardar la competencia” (fojas 268).

516. Transbank también se manifestó a favor de imponer obligaciones de interconexión de manera amplia, incluyendo dentro de ella a los POS, al autorizador y a los servicios de procesamiento, de manera que otro adquirente pueda afiliarse por sí o por terceros, y luego acceder a las redes de procesamiento a costo económico, en donde se encuentran economías de densidad y escala. A juicio de Transbank, se podría usar como base la actual normativa del Banco Central sobre esta materia, pero detallando las condiciones operativas y tarifarias aplicables, los estándares operacionales y tecnológicos, y los puntos de interconexión (fojas 449 y 450). También indicó que esta medida implicaría revisar la posición de la SBIF sobre la prestación de servicios por parte de sociedades de apoyo al giro bancario a entidades no bancarias.

517. Finalmente, Banco Santander manifestó una opinión similar sobre este tópico a fojas 161.

IX.6 Fijación de tasas de intercambio

518. Finalmente, la FNE propuso que se otorgue al Banco Central de Chile la facultad de establecer un mecanismo técnico y eficiente para la fijación de las tasas de intercambio, que contemple la opinión de este Tribunal y de la propia Fiscalía. A su juicio, la tasa de intercambio se ha constituido en un problema para la competencia, por lo que ha sido objeto de diversos procesos de libre competencia en jurisdicciones en los que su fijación ha quedado entregada a los emisores o los licenciantes o proveedores de red (fojas 1490).

519. Transbank planteó que la fijación de tasas de intercambio según fundamentos técnicos y sobre la base de un procedimiento independiente podría ser, en principio, una buena propuesta dirigida a facilitar el ingreso de nuevos adquirentes. No obstante, probablemente ello llevaría a resultados similares a los precios actualmente cobrados en Chile, en donde existe una tasa de intercambio implícita. Transbank plantea tener presente respecto de la fijación de tasas de intercambio que: (i) el procedimiento podría emular mecanismos ya contemplados para tarifas en industrias reguladas u optar por una autorregulación sobre la base de premisas establecidas por el Tribunal; (ii) el mecanismo debiera contemplar una revisión periódica de las tasas; y (iii) el Plan de Autorregulación de Transbank debería ser modificado para reflejar el cambio producido por la tarificación de las tasas de intercambio y la tarificación de sus servicios adquirentes.

520. Multicaja también se manifestó a favor de fijar las tasas de intercambio, y propuso que la fijación de dichas tasas para las operaciones de pagos domésticos sea efectuada por el Consejo del Banco Central, previo informe de una comisión de expertos y de la SBIF, y sobre la base de un procedimiento participativo y criterios públicos, generales, transparentes y no discriminatorios (fojas 767).

521. OPS también se manifestó a favor de la regulación de las tasas de intercambio, a solicitud de cualquier actor que desarrolle en todo o parte los roles emisor, adquirente u operacionales, previa calificación de este Tribunal respecto a que dicha tarifa no es competitiva o que se aplica en condiciones discriminatorias (fojas 64).

522. Banco Santander sostuvo que la determinación óptima de la tasa de intercambio es relevante, pues incide en la utilización de las tarjetas como medio de pago. Tasas de intercambio muy altas incidirían en merchant discounts muy altos, resistencia de los comercios a afiliarse al sistema y bajos ingresos en el negocio adquirente. Por el contrario, tasas de intercambio muy bajas producirían una reducción de los ingresos de los emisores, compensada mediante el aumento de las comisiones y la reducción de los beneficios otorgados a los tarjetahabientes. Banco Santander propuso que las tasas de intercambio sean fijadas mediante un mecanismo que garantice la participación activa de todos los actores involucrados, especialmente las marcas internacionales y los emisores. En este sentido, se opuso expresamente a la fijación de las tasas de intercambio por un regulador o por una entidad externa a la industria, citando al efecto experiencias comparadas. Sostuvo que la fijación de tasas de intercambio por el regulador sobre la base de costos constituiría una de las peores iniciativas regulatorias que podrían adoptarse en el mercado (fojas 154 a 156).

523. American Express se manifestó en contra de la fijación de tasas de intercambio, sosteniendo que se debería esperar el desarrollo del mercado en los próximos años antes de proponer un sistema de fijación de precios. A su juicio, en un mercado competitivo los cobros entre los distintos actores debieran reflejar el interés de las marcas internacionales, los emisores y los adquirentes, en cuanto a que el sistema de pagos con tarjetas logre la mayor cobertura en términos de tarjetahabientes y comercios. También sostuvo que la determinación de las tasas de intercambio podría forzar a establecer un modelo de cuatro partes en Chile (fojas 98 a 100).

524. El Banco de Chile se refirió a las experiencias regulatorias sobre tasas de intercambio en Estados Unidos y Australia, indicando que ellas se habrían traducido en un aumento a las comisiones pagadas por los tarjetahabientes (fojas 795 y 796).

525. MasterCard (fojas 1543) señaló estar en contra de la fijación de tasas de intercambio por parte de autoridades estatales. Las experiencias extranjeras relativas a la fijación estatal de tasas de intercambio no serían satisfactorias, pues las autoridades normalmente fijarían las tasas de intercambio a niveles inferiores al apropiado o socialmente óptimo. La baja en las tasas de intercambio no se traduciría necesariamente en menores precios finales para los consumidores y, a mayor abundamiento, los bancos reaccionarían aumentando sus comisiones o reduciendo su oferta de servicios. MasterCard planteó encontrarse en mejor posición para definir las tasas de intercambio, tanto por la mejor información que tendría del mercado, como por el hecho de no recibir ingresos derivados del intercambio.

526. En lo que respecta a las iniciativas legales en actual tramitación, la única que se refiere a tasas de intercambio es la moción parlamentaria tramitada bajo el Boletín N° 10399-03, que establece que los bancos deberán fijar tasas de intercambio como una forma de permitir el ingreso de operadores autorizados por la SBIF. El proyecto también establece que las tasas de intercambio no podrán ser de magnitudes tales que generen condiciones o efectos anticompetitivos, no podrán ser más

gravosas que las impuestas a operadores relacionados con los bancos, deberán observar condiciones de equidad equivalentes a las que predominan en el mercado y que podrán ser ajustadas para que cumplan con dichos criterios.

X. Propuestas normativas

El análisis efectuado en las consideraciones precedentes justifica, en el presente caso, la necesidad de ejercer la facultad conferida por el artículo 18° N° 4 del D.L. N° 211 a este Tribunal, proponiendo a S.E. la Presidenta de la República, a través del Ministro de Hacienda, la dictación o la modificación de los preceptos legales o reglamentarios necesarios para fomentar la competencia en la industria de medios de pago con tarjetas, en los términos que se señalan a continuación.

1. Objetivo: avanzar hacia una regulación integral de la industria de medios de pago con tarjetas

1.1. Es esencial que se cambie el paradigma de la actual normativa, la cual se centra fundamentalmente en los emisores y considera a los medios de pago como un negocio de éstos. Por el contrario, según es posible concluir de nuestro análisis, las legislaciones más avanzadas en la materia tratan a esta industria desde la perspectiva de las redes de tarjetas, estableciendo regulaciones acorde con dicha característica.

1.2. Asimismo, dado el interés público comprometido en el correcto funcionamiento de la industria de medios de pago con tarjetas (mirada de manera integral), se debería establecer, en el mediano o largo plazo, un sistema que permita a la autoridad competente que el legislador determine (por ejemplo, el regulador sectorial o este mismo Tribunal) aplicar a ciertas redes de tarjetas regulaciones de acceso abierto y/u otros estándares de funcionamiento (tal como se recomienda más adelante), de manera similar a como opera el sistema australiano descrito en los párrafos 260 y siguientes y propuestas 500 a 502 (considerando, por cierto, las diferencias entre dicho sistema y el chileno).

2. Medidas concretas que se recomiendan para consagrar la separación de las actividades de emisión, adquirencia y procesamiento

2.1. Distinguir de manera (más) clara y precisa en la legislación los agentes participantes en la industria y sus funciones: Las partes de este proceso y la legislación no son claras en la definición de los diversos roles que cumplen los agentes que participan en esta industria. Por ello, se propone que la normativa diferencie de manera clara y precisa a: (i) proveedor de red, (ii) emisor, (iii) adquirente, (iv) procesador adquirente y (v) procesador emisor. En efecto, se trata de actividades de naturaleza muy distinta, con requerimientos de inversión y costos fijos diversos, lo que implica, además, que los niveles de competencia en cada uno de esos segmentos son también diferentes. Por tanto, en cada caso debieran ser establecidos los requisitos y condiciones técnicas y económicas que debe cumplir cada uno de dichos actores, en base a las características actuales de desarrollo de la industria y el nivel de tecnología disponible.

En particular, el rol adquirente debe ser claramente diferenciado del procesamiento adquirente. Tal como se definió en el glosario y como ha sido reconocido en materia de libre competencia desde el año 2003 (véase Dictamen de la CPC N° 1270 de 2003), la adquirencia debe ser entendida como la actividad comercial consistente en afiliar comercios al sistema de pago con tarjetas, otorgándole los medios tecnológicos y servicios necesarios que permiten utilizar dichas tarjetas como medio de pago. Esto implica que, desde el punto de vista del comercio, el adquirente es su única contraparte, quien le ofrece los servicios necesarios para el funcionamiento del pago con tarjetas y se hace cargo del buen funcionamiento de dicho servicio, independiente de si es proveedor, además, del procesamiento adquirente o si subcontrata esta actividad con un tercero.

2.2. Modificar las normas sobre Sociedades de Apoyo al Giro Bancario: la actual normativa de la SBIF y de la Ley General de Bancos establece que las sociedades de apoyo al giro bancario sólo pueden prestar servicios a los bancos que sean sus socios o accionistas y a las filiales u otras sociedades de apoyo al giro bancario de ellos. De mantenerse Transbank en las actividades de procesamiento y atendidas las obligaciones de acceso que serán recomendadas, es necesario que no solamente los emisores bancarios o sus filiales puedan contratar sus servicios, sino también cualquier empresa no relacionada al negocio bancario que realice actividades de adquirencia y que cumpla con los requisitos técnicos y económicos que se exijan para ello.

3. Medidas concretas que se recomiendan para fomentar la competencia en la función de adquirencia

3.1. Prohibir la actuación conjunta de los bancos emisores en la adquirencia: la actuación conjunta de empresas competidoras es excepcionalísima y sólo se justifica por razones de innovación o desarrollo de nuevos productos, que no podrían producirse por cada una de las empresas por separado. De esta forma, no se observan en la actualidad, para el caso de la adquirencia en el mercado chileno, fundamentos suficientes que justifiquen la actuación conjunta de los emisores, por lo que se propone prohibir dicha actuación. Para estos efectos, la autoridad correspondiente deberá establecer un plazo razonable a fin de que los bancos emisores revoquen los mandatos conferidos a Transbank para que realice actividades de adquirencia.

Sin perjuicio que la modificación normativa que se propone no podrá afectar contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la respectiva regla, tendrá importantes efectos a futuro respecto de aquellos comercios que aún no han ingresado al sistema de pago mediante tarjetas. Asimismo, creemos que existirán los incentivos necesarios para que los comercios que hoy poseen contratos indefinidos con Transbank hagan uso de su derecho a poner término a dicho contrato, en virtud de las mejores condiciones comerciales que podrán ofrecerles los entrantes a la función adquirente.

Esta prohibición, si bien extrema y de implementación relativamente compleja, se justifica al ponderar los beneficios aparejados a ella desde la óptica de la libre competencia, atendido, especialmente, que el actual estado de desarrollo de la industria hace necesario adoptar medidas que permitan fo-

mentar la competencia en la adquirencia y que estas medidas son posibles de ser implementadas dada la tecnología disponible y el conocimiento teórico actual. Por esto, la autorización a los bancos e instituciones financieras para actuar conjuntamente como adquirentes por medio de Transbank, establecida expresamente por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen N° 757/262 de 18 de abril de 1991, ratificada por el Dictamen N° 898/262, de 13 de abril de 1994 y reconocida en la Sentencia N° 29 de este Tribunal, carece hoy de justificación y es, por tanto, necesario que se realice un cambio normativo que prohíba dicha actuación conjunta.

En este sentido, estimamos que no resultan atendibles, dado el análisis consignado en la presente Resolución, los argumentos de algunos intervinientes relativos a la existencia de grandes economías de escala en el negocio de la adquirencia, que justificarían la actuación conjunta de los emisores. Como se ha mostrado, afiliar comercios para que contraten los servicios de medios de pago es una actividad netamente comercial y, por consiguiente, las economías de escala que eventualmente puedan alcanzarse en ella son menores y no justifican que rivales en este mercado, y en otros relacionados, actúen conjuntamente en dicha actividad.

Asimismo, esta medida no beneficiará a los bancos de mayor tamaño en desmedro de los más pequeños. Como se ha señalado, se trata de una actividad netamente comercial que puede realizar cualquier banco o un tercero, independientemente del tamaño que tenga. Lo importante en este caso es su fuerza de ventas.

Por otra parte, gracias a la regla Honor all Cards, el comercio no debe negociar y contratar con varios bancos para tener como medio de pago una tarjeta, sea esta de débito o de crédito. En efecto, si un establecimiento comercial es afiliado por un banco pequeño para el uso de su tarjeta (por ejemplo, VISA o MasterCard), todas las transacciones comerciales que se celebren en dicho comercio podrán ser pagadas con las tarjetas que lleven la bandera respectiva, independientemente que el banco emisor no sea quien afilió a ese comercio.

Por último, medidas como la propuesta han sido aplicadas en otros ordenamientos precisamente con el fin de generar competencia en la adquirencia, tal como se trató en el capítulo VI.5.

3.2. Actuación conjunta de los emisores en materia de procesamiento adquirente: la medida anterior no se aplica a las actividades que Transbank desempeña como procesador de las operaciones que se realizan con medios de pago, en las que sí resultan relevantes las economías de escala posibles de ser alcanzadas y los altos requerimientos técnicos y de inversión en infraestructura; todo lo cual justifica que dos o más emisores de tarjetas de crédito y de débito puedan utilizar un mismo procesador y desarrollar una plataforma común que les permita contratar con más de un adquirente.

Para estos efectos, deben contemplarse medidas que, al mismo tiempo, fomenten dicha contratación y eviten la comisión de conductas anticompetitivas. Entre otras, se recomienda especialmente establecer: (i) obligaciones

de acceso abierto a las redes de procesamiento en beneficio de los adquirentes, en la medida que dichas redes tengan capacidad disponible, no existan impedimentos técnicos para soportar un uso adicional y mientras existan condiciones de competencia que lo justifiquen; y (ii) la obligación de interconectar a los actores de la industria de pagos con tarjetas que operen en diversas redes de procesamiento, fijándose al efecto las condiciones operativas y tarifarias aplicables, los estándares operacionales y tecnológicos, y los puntos de interconexión.

3.3. Prohibir la regla NAWI (No Aquiring Without Issuing): la aplicación de esta regla contractual ha contribuido a limitar el negocio de la adquirencia exclusivamente a los bancos emisores. Por esto, según se ha visto, la regla ha sido eliminada o limitada severamente en algunos países. Con esta prohibición se busca que las empresas que ofrecen los servicios de adquirencia puedan contratar no solamente con los bancos emisores, sino también en forma directa con los proveedores de red (por ejemplo, con las marcas de tarjetas internacionales).

Sin embargo, según los antecedentes del proceso, la aplicación de esta regla no sólo se limita a la práctica de las marcas internacionales, sino que en el caso chileno, se ha derivado de la interpretación de los capítulos I.3, III.J.1, CNF; I.4 y I.5., III.J.2, CNF. Estos capítulos establecen que es responsabilidad de los emisores afiliar comercios y operar las tarjetas, pero que estas actividades pueden ser delegadas en un tercero. Por lo que, supuestamente, sólo en virtud de una autorización de un emisor un tercero podría dedicarse a esta tarea. Esta normativa debiera ser modificada de acogerse la presente recomendación.

3.4. Eliminación de la regla de no discriminación (no surcharge rule): según la información revelada por Transbank en su página web, los contratos tipo, a enero de 2014, contemplan la prohibición a los establecimientos para cobrar un precio distinto por un bien o servicio si es que éste es pagado con dinero en efectivo, cheques o tarjetas de débito o crédito. Esta regla, tal como se señaló, impone restricciones a la política de precios de los comercios, negándoles la posibilidad de fijar sus precios de acuerdo a cada medio de pago. Asimismo, por medio de esta regla la variable precio entre los distintos medios de pago se vuelve irrelevante, produciendo una eventual asignación ineficiente de recursos y subsidios cruzados entre quienes usan medios de pago como las tarjetas, generalmente más costosos, y quienes, utilizan dinero efectivo.

En el contexto internacional se ha observado que la regla de no discriminación ha sido prohibida por varias autoridades de competencia, como Reino Unido (1990), Suecia (1994), Holanda (1995, confirmada en 1997), Australia (2003), Estados Unidos (2010) y la Unión Europea (2015).

Se propone la elaboración de una norma que disponga que sólo puede incluirse esta regla en el contrato de servicios, en la medida que ambas partes estén de acuerdo en su adopción. Por tanto, se recomienda prohibir que esta cláusula sea incluida en los contratos tipo, permitiendo que el comercio y el adquirente decidan libremente el contenido del contrato en esta materia.

3.5. Regular las condiciones bajo las cuales los proveedores de red contratarán con los proveedores de servicios de adquirencia: los proveedores de red no debieran poder negarse injustificadamente a contratar con proveedores del servicio adquirente. Por tanto, debiesen contar con procedimientos y condiciones de contratación de operadores y adquirentes de las tarjetas que sean públicos, generales, transparentes, objetivos y no discriminatorios.

3.6. Fijación de la tasa de intercambio: en virtud de las medidas propuestas, que buscan fomentar principalmente la competencia en el mercado de la adquirencia, resulta indispensable que la autoridad fije las tasas de intercambio, esto es, aquellos pagos que deben ser hechos a los bancos emisores de tarjetas por las operaciones que se realizan en aquellos establecimientos comerciales afiliados por otro emisor o un adquirente no emisor. Bajo el actual sistema, en el que todos los emisores de tarjetas afilian establecimientos comerciales a través de Transbank, existe una tasa de intercambio implícita, que se ha mantenido constante, a pesar de las bajas en los merchant discounts. En un esquema de competencia en la adquirencia, como el recomendado, es la autoridad la que debe regular esta tasa de intercambio de la forma más eficiente posible, entregando los incentivos adecuados para fomentar la participación en esta actividad.

4. Forma de adoptar los cambios propuestos

4.1. La materialización de todas las recomendaciones mencionadas debieran ser precedidas de un riguroso análisis del impacto regulatorio que considere y permita justificar, entre otros aspectos, que los beneficios de adoptar cada medida superan los costos asociados a la introducción de nueva regulación o a la modificación de la existente.

4.2. Con todo, las medidas propuestas (particularmente aquellas indicadas en los numerales 2 y 3) están diseñadas para ser implementadas, en tanto ello sea posible, como un todo, a fin de maximizar su potencial de fomento de la competencia. El análisis del cual da cuenta esta recomendación está fundado no sólo en una revisión de las barreras de entrada existentes en el mercado, sino especialmente en los riesgos generados a partir de las condiciones estructurales actuales de la industria chilena. Por tanto, medidas estructurales como las aquí propuestas tienen, en su conjunto, un impacto potencial mucho mayor para favorecer la competencia en la industria que un mero subconjunto de tales medidas, destinadas primariamente a lidiar con las mencionadas barreras.

SE PREVIENE que los Ministros Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales estuvieron por declarar, respecto de la proposición descrita en el párrafo 3.4, que si bien concurren en la necesidad de eliminar la regla de no discriminación (no surcharge rule), permitir que ella sea incorporada en los contratos de servicio “cuando las partes así lo acuerden” no erradicará en los hechos dicha práctica contractual y, con ello, los problemas de competencia que de ella se derivan (descritos en el propio párrafo 3.4). Al respecto, estiman probable que, por diversas razones, la regla de no discriminación será de todos modos incorporada en los contratos de Transbank. Por tanto, estos prevenientes son de la opinión de que una norma prohíba de manera absoluta la incorporación de dicha regla en los contratos de afiliación.

La Ministra Sra. María de la Luz Domper Rodríguez y el Sr. Tomás Menchaca Olivares, si bien estuvieron por ejercer la facultad de recomendación normativa en lo que respecta a las recomendaciones indicadas en los numerales 2, 3.2, 3.3, 3.4, 3.6 y 4.1 del Capítulo X de esta Proposición Normativa, **VOTARON EN CONTRA** de las recomendaciones contenidas en los numerales 3.1 y 3.5 y de lo indicado en los numerales 1 y 4.2 de dicho capítulo, por las consideraciones que se indican a continuación:

Primero:

Estos disidentes están en contra de la proposición mencionada en el numeral 3.1, que plantea la necesidad de un cambio normativo que impida a las Sociedades de Apoyo al Giro (SAG) actuar como mandatarias de más de un emisor para realizar la función de adquirencia y que obligue a los bancos emisores de tarjetas y medios de pago a realizar dicha negociación de manera individual, ya sea directamente o mediante una SAG que sólo preste servicios de adquirencia para ese banco (entendiendo por ésta sólo la gestión comercial y afiliación de comercios y la gestión de POS).

Para estos disidentes no sólo es innecesario impedirlo, sino que es importante seguir permitiendo que las Sociedades de Apoyo al Giro puedan realizar, además de los servicios de operación y procesamiento de las transacciones de pagos con tarjeta, la función de adquirencia de comercios para varios emisores, por los motivos que a continuación se expresan:

1. En primer lugar, esta medida estructural, además de costosa, riesgosa y difícil de implementar, es innecesaria dadas las medidas adicionales propuestas. En efecto, estos Ministros concuerdan en que las medidas que establecen (i) la eliminación de barreras a la entrada, (ii) la interconexión obligatoria y (iii) la tarificación de la tasa de intercambio y (iv) la obligación de acceso abierto a la red de procesamiento mientras existan condiciones de competencia que lo justifiquen (lo cual debiera ser determinado por este Tribunal), deberían aumentar la competencia en los servicios de adquirencia y hacer más competitiva la industria de los medios de pago.

En efecto, el conjunto de medidas propuestas unánimemente por el Tribunal debiera producir efectos muy importantes en términos de competencia y entrada de nuevas empresas en el mercado de adquirencia de tarjetas de crédito y débito, ya que los adquirentes tendrán claridad acerca de los márgenes que podrían obtener al hacerlo, los que estarán constituidos por la diferencia entre la tasa de intercambio y el merchant discount. Por ello, en caso que la empresa incumbente cobre precios altos a los comercios, será muy atractivo entrar al mercado y, en caso que la empresa incumbente decida no hacerlo y cobre bajas tarifas al comercio, el resultado será igualmente positivo para la competencia, pues los consumidores (comercio en este caso), obtendrán precios propios de un mercado competitivo.

La cobertura socialmente óptima de los comercios se obtiene si este servicio se tarifa eficientemente, con independencia de la estructura o forma de organización de la industria. Más aún si además se garantiza la compatibilidad técnica que se requiere para la interconexión obligatoria entre plataformas o redes. En consecuencia, en opinión de estos disidentes, luego de adoptarse las medidas propuestas debiera dejarse entera libertad para que puedan existir diferentes modelos de negocios y sean los propios adquirentes quienes elijan la estructura de organización que les parezca más adecuada.

2. En segundo lugar, la propuesta mencionada en el numeral 3.1 equivale a recomendar prohibir mediante una regulación especial un joint venture entre bancos (o emisores de tarjetas) en una sociedad de apoyo al giro que se dedique a la función de adquirencia. Esto significa que a futuro, si Transbank mantiene su propiedad actual, deberá prescindir de ofrecer los servicios de adquirencia a más de un emisor. O bien podrá, con la estructura de propiedad actual, dedicarse al resto de sus actividades (procesamiento adquirente) pero no a los servicios de adquirencia (entendiendo por éstos los señalados en el glosario de esta Resolución).

Lo anterior importa un perjuicio para dicha empresa, debido a que la actuación conjunta de los bancos e instituciones financieras por medio de Transbank en el rol adquirente no puede estimarse en principio como ilícita, ya que fue expresamente autorizada por la Comisión Preventiva Central en su Dictamen N° 757/262 de 18 de abril de 1991, ratificado por el Dictamen N° 898/262, de 13 de Abril de 1994 y corroborado por este Tribunal en la Sentencia N° 29/2005, considerando vigésimo tercero. Es decir, la medida propuesta implicaría declarar en la ilegalidad la actividad de adquirencia realizada por Transbank con plena sujeción a la normativa bancaria y financiera, y que fue autorizada expresamente por la institucionalidad de libre competencia en más de una oportunidad, lo que afectaría derechos adquiridos tanto de Transbank como de los comercios. En efecto, implicará hacer desaparecer al menos de la actividad de adquirencia a Transbank, que es una empresa creada especialmente para desarrollar dicha función. Por tanto, a juicio de estos disidentes, por medio de la medida estructural descrita en el numeral 3.1 se estaría afectando su derecho de propiedad no sólo respecto de un activo de la empresa, sino de su actividad principal. Lo anterior, no obsta a que, si los socios de Transbank hubiesen aprovechado dicha actuación conjunta para cometer actos contrarios a la libre competencia, éstos puedan ser demandados y conocidos por este Tribunal, lo que no ha sucedido hasta la fecha.

Si bien existe la posibilidad de que este Tribunal pueda ordenar la modificación o disolución de sociedades y la modificación de contratos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, ello requiere que previamente dichos actos, convenciones o contratos, hayan sido declarados contrarios a la libre competencia por este Tribunal en un procedimiento contencioso, lo que no ha ocurrido. Por el contrario, lo único que ha existido a su respecto son declaraciones aprobando el mencionado joint venture.

En este sentido, estos disidentes no comparten el análisis de riesgos que hace la mayoría en esta recomendación (véase capítulo VIII.3), que en varias de sus afirmaciones no se basa en antecedentes concluyentes aportados en autos e incluso en ocasiones los contradice. Por ejemplo, la afirmación que se hace sobre la existencia de merchant discounts más altos en Chile que en otros países (párrafo 437), no está suficientemente fundamentada en los antecedentes de autos, pues, además de no hacerse cargo de las constantes bajas en los mismos, reconoce que no existe en autos información detallada de los costos involucrados que permita determinar la posición comparativa de Chile (párrafo 439). Para estos disidentes tampoco es suficientemente concluyente el análisis que se hace de las tasas de intercambio en otras jurisdicciones respecto de las de nuestro país (párrafo 446 y siguientes). Finalmente, en el análisis de riesgos relacionados con la calidad del servicio y la innovación, se manifiestan opiniones más que un análisis de antecedentes concluyentes y no se reconoce que recientemente en Chile han existido desarrollos tecnológicos importantes en esta industria, como por ejemplo el pago con chip o sin contacto.

Respecto de los riesgos señalados, a este Tribunal se le ha solicitado efectuar una recomendación normativa, sin que estemos frente a una demanda por actos contrarios a la libre competencia ni tampoco en la revisión de las autorizaciones otorgadas por este Tribunal, para lo cual se debería haber seguido un proceso en que la empresa cuya actuación se está objetando tenga el legítimo derecho a defensa, garantizado constitucionalmente, como lo tuvo en los procedimientos en que este Tribunal otorgó las autorizaciones que hoy la mayoría estaría cuestionando.

En efecto, es claro que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211, los actos o contratos ejecutados de acuerdo con las decisiones de este Tribunal –como es la actuación conjunta de los bancos a través de Transbank– “no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia sino en caso que posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por este Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación”. Del tenor de la norma citada queda muy claro que para modificar las resoluciones que dictó el Tribunal respecto de la actuación de Transbank, se requiere una nueva resolución de este Tribunal dictada en un proceso legalmente tramitado. La proposición normativa de autos no tiene la naturaleza jurídica de una resolución dictada en ninguno de los procedimientos establecidos en el Decreto Ley N° 211 (en los artículos 19 y siguientes, 31 y 31 Bis del mismo), por lo que no podría en caso alguno calificar como contrarios a la libre competencia ciertos actos y contratos ejecutados o celebrados en conformidad con una autorización dada previamente por este Tribunal.

3. En tercer lugar, en nuestro país no están prohibidas las operaciones de concentración horizontal (fusiones) en el sector bancario. El Decreto Ley N° 211 en sus artículos 47 y 48 únicamente obliga a que se sometan a un proceso de consulta si se supera un determinado umbral, y ello sólo desde su reciente modificación por la Ley 20.945. ¿Qué sentido tiene prohibir en una ley especial lo menos –un joint venture– si se permite lo más –una operación de concentración horizontal–?

Una estructura de joint venture no necesariamente implica un mayor riesgo de ejercicio de poder de mercado conjunto ¿qué sucede si se trata sólo de dos bancos pequeños que comparten la función de adquierencia?, ¿por qué se les prohíbe esta estructura si ellos podrían no representar un riesgo de ejercicio de poder de mercado conjunto mayor que las eficiencias que esta estructura podría generar?, ¿por qué se prohíbe lo anterior si además habrá una libre entrada al mercado efectiva si se efectúan las modificaciones normativas que estos disidentes comparten?.

A mayor abundamiento, el TDLC, mediante resolución de 13 de abril de 2005, aprobó el avenimiento parcial entre la FNE y Transbank. De esta forma, este Tribunal permitió a los bancos emisores la afiliación de los establecimientos de comercio directamente o a través de terceros. Así, en el caso que el emisor optara por la afiliación independiente, la comisión o merchant discount sería determinada individualmente. En cambio, si la afiliación se producía a través de terceros, se les permitió a dichos terceros fijar las comisiones. Sin embargo, Transbank sólo aceptaría mandatos de afiliación bancarios individuales y revocables. A su vez, dicho avenimiento parcial también autoriza a los comercios que se encuentran afiliados a los sistemas de tarjetas que Transbank opera, para adquirir e instalar directamente de terceros, distintos de Transbank, los terminales electrónicos que les permitan transmitir a los servidores de Transbank. Lo anterior permitiría que pueda eventualmente existir un

requerimiento o una demanda por infringir el artículo 3, letra a) del Decreto Ley N° 211 si se tienen dudas respecto del comportamiento de dicha empresa, pero no justifica la recomendación normativa que se propone.

4. Para estos disidentes esta medida estructural no es conveniente, dado que podría tener más costos que beneficios para la propia competencia que pretende proteger. Si bien la recomendación de la mayoría permitirá que siga existiendo integración vertical en toda la cadena de servicios de una SAG -siempre que la actividad de adquirencia la desarrolle para un solo emisor-, ello no permite aprovechar ventajas o sinergias propias de la operación conjunta de más de un emisor en la adquirencia, como son las economías de escala propias de dicha actividad y las economías de ámbito o los ahorros de costos conjuntos. En efecto, se permite la actuación conjunta de los bancos en las actividades de operación y procesamiento lo que permitiría aprovechar las economías de escala que existen en procesamiento y que han sido reconocidas en autos.

Respecto de las economías de escala en la actividad de adquirencia, el informe rolante a fojas 1012 y siguientes estima en 42,4% el ahorro en costo medio que logra una empresa como Transbank, que pasa de servir el 30% al 100% del mercado en dicha actividad (considerando el procesamiento adquirente como parte de la actividad de adquirencia).

La decisión de mayoría ha señalado (véase párrafo 422) que existen informes en el expediente que muestran que la actividad de adquirencia (definida solo como afiliación, gestión comercial y administración de POS, sin considerar el procesamiento adquirente) no involucra economías de escala importantes. Con todo, el informe rolante a fojas 1012 y siguientes muestra que también se logran ahorros de costos medios si consideramos la definición acotada de adquirencia (sin procesamiento adquirente) que se usa en esta recomendación. Así, para el año 2011 el costo medio sólo de la afiliación y gestión comercial a la escala de Transbank, es decir sirviendo al 100% del mercado, era de \$30,9. Si el adquirente virtual disminuye su tamaño, y atiende sólo al 30% del mercado, los costos medios aumentan y, -según el referido informe- llegarían a \$42,8 (39% más alto) (fojas 1023 vuelta). También se observarían economías de escala, aunque de menor cuantía, en la gestión de POS. Según el mismo estudio, el costo medio de dicha actividad para Transbank, sirviendo al 100% del mercado, era de \$29,4 y si disminuye su tamaño y atiende al 30% del mercado, dicho costo medio sube a \$32,7, es decir un 11% más caro (fojas 1032). En consecuencia, aplicando la misma definición de adquirencia que se utiliza en esta recomendación normativa, se encuentra que el ahorro de costos medios producto de la mayor escala en esta actividad es significativo, por lo cual la adopción de una medida como la propuesta por la mayoría afectará la eficiencia de la industria y encarecerá el servicio.

Adicionalmente, esto puede ser perjudicial para que los emisores bancarios de menor tamaño tengan incentivos para prestar los servicios de adquirencia, dado que mediante esta recomendación no se les permite asociarse en esta actividad con otros emisores del mismo tipo. De esta manera, dichos emisores tendrán desventajas para alcanzar la escala mínima eficiente para dar el servicio de manera independiente.

Por otra parte, si limitamos la escala de la adquirencia también se pueden afectar las decisiones de innovación en esta industria. En efecto, por lo general las innova-

ciones requieren de estandarización, de un cierto nivel de coordinación y muchas veces de inversiones indivisibles que sólo se financian con una escala mayor.

5. Por último, esta medida probablemente beneficiará a los bancos de mayor tamaño en desmedro de los más pequeños, que podrían verse privados de la ventaja competitiva que actualmente tienen de participar en el negocio de la adquirencia y sus réditos. En efecto, al prohibir que los bancos puedan organizarse en una estructura de joint venture para desarrollar la actividad de adquirencia y obligarlos a que lo hagan individualmente, podríamos terminar con una estructura monopólica en adquirencia, donde los bancos más grandes parten con una ventaja respecto de los más pequeños para desarrollar dicha actividad de manera individual, dada por su mayor escala de operación. Ello unido a los costos de transacción que implica para el comercio negociar y contratar con varios bancos pequeños en vez de uno que le ofrezca mayor cobertura y beneficios –en términos de externalidades de red en los servicios de adquirencia–, genera desventajas para los bancos pequeños. Por lo que, con el ánimo de mejorar la competencia en el mercado de los servicios asociados a la adquirencia de comercios, mercado relacionado con el de los medios de pago y este último con el mercado bancario y financiero, se podría perjudicar en forma importante la competencia en este último.

En efecto, hoy tenemos un sistema en que todos los bancos, grandes y pequeños, participan en el negocio de procesamiento y adquirencia en igualdad de condiciones a través de Transbank, recibiendo sus réditos en estricta relación con su participación de mercado. Si ningún banco podrá efectuar las funciones de afiliación, gestión comercial y de los POS en unión con otros bancos, como se propone por la mayoría, es esperable que sólo los bancos más grandes –y en todo caso sólo algunos bancos– tengan la capacidad económica y técnica para desarrollar esos negocios en forma independiente en una escala suficiente, lo que dejaría a todos los demás en una situación de desventaja competitiva respecto a su situación actual, pues hoy participan de la rentabilidad de esos negocios a través de Transbank y, de implementarse la medida propuesta, ya no podrían seguir haciéndolo. Por el contrario, en lugar de participar de las rentas de esos negocios, deberán pagar a las empresas que los desarrollen, un fee por los servicios de adquirencia. Es decir, en una industria concentrada como la bancaria, la medida propuesta, en lugar de mejorar la competencia en un mercado tan importante como ese, podría empeorarla.

Así, mediante una reforma estructural que pretende mejorar la competencia en la actividad de adquirencia, se podría perjudicar en forma importante la competencia en el mercado bancario y financiero, que es un mercado cuyos niveles de competencia son extraordinariamente importantes para el desarrollo económico de nuestro país, pues afecta a toda actividad productiva que se financia con créditos bancarios y respecto del cual el mercado de los servicios de adquirencia es claramente secundario.

Segundo:

Estos disidentes están también en contra de la recomendación indicada en el numeral 3.5, esto es, ordenar que los proveedores de red no puedan negarse injustificadamente a contratar con proveedores del servicio adquirente. Lo anterior por cuanto obligaría a los emisores a contratar con terceros actividades que son propias de su negocio principal y, por otra parte, en caso que decidan hacerlo, les impediría decidir con quién contratar una actividad que es esencial para el éxito de su nego-

cio principal y tomar en cuenta consideraciones distintas al precio al hacerlo, en un contrato que es claramente *intuitu personae*, lo que podría incluso poner en riesgo la seguridad del sistema de medios de pago. Adicionalmente, esta obligación incorpora el calificativo “injustificadamente”, el cual tendrá que ser posteriormente calificado por alguien, es decir, en un contrato *intuitu personae* se introduce un elemento subjetivo nuevo y no se señala quién es la autoridad que tendrá que calificar si la negativa a contratar fue o no justificada.

Tal como lo señaló previamente este Tribunal en la Sentencia N° 142/2015, en el consideración 71°, en Chile la afiliación de establecimientos de comercio y el procesamiento de transacciones “constituyen funciones propias de los respectivos emisores de tarjetas, quienes pueden libremente desarrollar dichas actividades al interior de su propia empresa o externalizar dichos servicios si arriban a un acuerdo comercial con una empresa operadora de tarjetas en un contrato que es por su naturaleza *intuitu personae*”. Por tanto, resultaría improcedente “forzar al demandado a contratar con un determinado tercero la prestación de servicios que la regulación sectorial contempla expresamente puede reservar para sí”. Dicho criterio fue ratificado por la Excm. Corte Suprema en su sentencia de 30 de noviembre de 2015, en la cual rechazó el recurso de reclamación deducido por Multicaja y Multitarjeta contra la sentencia 142/2015, indicando respecto de la demanda por no contratar con un determinado proveedor principalmente que el petitorio de la demanda es imposible de cumplir, dado que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no favorece a una determinada empresa en desmedro de otras, más aún cuando los servicios ofrecidos por los demandantes pueden ser realizados individualmente por el Banco Estado.

Es evidente que todo emisor de tarjetas para realizar su negocio debe necesariamente contar con una red adquirente, pero es también evidente que esa red puede ser propia o de un tercero que le de las garantías de seguridad y calidad que el emisor requiera, por lo que no parece razonable obligar -a priori- a cada emisor a establecer condiciones objetivas de contratación con una red adquirente si podría no celebrar ningún contrato de tal naturaleza o, en caso de decidir externalizar este servicio, celebraría un solo contrato y con una empresa que le dé la confianza necesaria como para estar dispuesto a hacerlo.

Tercero:

Respecto de lo indicado en el numeral 1, que no es propiamente una recomendación normativa, estos disidentes coinciden en la necesidad de mirar integralmente la industria de medios de pago con tarjeta y en que pueda revisarse si ciertas redes requieren una regulación de acceso abierto transitoria siempre que las condiciones de competencia así lo justifiquen, como se propone en la recomendación indicada en el numeral 3.2 de la parte resolutive. Sin embargo, a su juicio la obligación de acceso abierto no se justifica por ninguna otra razón “de interés público” por lo que se oponen a recomendar un cambio normativo que proponga que otra autoridad competente grave las redes de pago con tarjeta con dicha regulación.

En efecto, respecto de lo indicado en el numeral 1.2 de la resolución, quien debiera decidir si se impone la obligación de acceso abierto debiera ser el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y ello únicamente por consideraciones de competencia. Para estos disidentes las razones que en general justifican el establecimiento de una obligación de este tipo es la característica de facilidad esencial de

una infraestructura o, en caso de no tener tal característica, la necesidad de incentivar la entrada de otras redes competidoras de la red monopólica. En ambos casos ello debe ser determinado necesariamente luego de efectuarse un análisis de las condiciones de competencia en el mercado. Dado que el análisis de los antecedentes de autos permiten concluir que no estamos en presencia de una facilidad esencial, pues potencialmente podría existir competencia entre plataformas, la regulación que se dicte necesariamente debiera analizar si existen condiciones de competencia para regular de manera temporal a la red dominante, lo que debiera ser decidido por este Tribunal y durar únicamente mientras no existan condiciones de mercado que permitan la competencia entre plataformas, como se hace en el sector de telecomunicaciones respecto de aquellos servicios que potencialmente podrían ser competitivos.

La razones de "interés público" que se mencionan en la decisión de mayoría como justificación para imponer una obligación de acceso abierto -sin referencia alguna a su contenido- no sólo podrían escapar a lo que este Tribunal puede recomendar (ya que podrían ir más allá de consideraciones de libre competencia), sino que además involucran un riesgo de arbitrariedad que puede generar un alto nivel de incertidumbre en la industria e ir en contra del interés de que nuevas empresas entren al mercado a dar este servicio de redes. En efecto, si no es claro cuándo la autoridad puede imponer la obligación de acceso abierto -ya que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha definido lo que se entiende por interés público- entonces la autoridad, apelando a un interés público inexistente, podría expropiar la inversión ya realizada, limitando injustificadamente el dominio sobre las plataformas relacionadas con los medios de pago sin que existan razones de competencia que lo justifiquen, con lo cual disminuirían los incentivos para invertir en dichas infraestructuras de red. Si además se obliga a compartir dicha plataforma con terceros a un precio no definido, se podría generar también un problema de free rider, pues algunos agentes económicos podrían verse beneficiados con la inversión de otros, lo cual podría desincentivar la inversión futura.

Cuarto:

Por último, estos disidentes están también en contra de lo indicado en el numeral 4.2 de esta Proposición pues, tal como se indicó precedentemente, estiman que es innecesaria la medida estructural propuesta en el numeral 3.1, atendidas las importantes proposiciones normativas que estos disidentes comparten, las que debieran ser aptas para lograr el objetivo de quitar barreras a la entrada existentes en la industria, pero permitiendo a los agentes económicos una razonable libertad en la determinación de la forma en que desarrollarán su negocio. Estiman asimismo que las medidas propuestas no son interdependientes y se pueden adoptar separadamente, sin que exista ningún razonamiento en la decisión de mayoría que permita. Santiago, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

50/2017

RESOLUCIÓN 50/2017
(Causa Rol NC 432-15)

"Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Proceso de Licitación Pública de Compras de Medicamentos"

Fecha dictación: 6 de marzo de 2017

Ministros que concurren a la resolución: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Eduardo Saavedra Parra, Javier Tapia Canales y Jaime Arancibia Mattar.

Consultante: Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. ("Asilfa").

Resumen del asunto consultado: Asilfa solicita al Tribunal que se pronuncie sobre si considera ajustada o no a la libre competencia la Resolución Afecta N° 272/2014, dictada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Cenabast"), que contiene las bases administrativas tipo que rigen los procesos de licitación pública de compra de medicamentos, dispositivos e insumos médicos y alimentos bajo la modalidad de distribución directa, destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud.

Resolución Tribunal: Se dictaminó que no existen antecedentes que permitan sostener que las bases consultadas no se ajustan al D.L. N° 211. En efecto, atendido que éstas no se refieren a un producto en particular, no es posible definir el mercado relevante en el que se insertan. Por ende, no es posible determinar si Cenabast tiene poder de compra y, consecuentemente, si las bases consultadas afectan el proceso competitivo. Por este motivo, no se propuso la adopción de medidas.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excm. Corte Suprema (Rol N° 11779-2017).

Temas que trata: bases de licitación, determinación de mercado relevante, poder de compra, abuso de posición dominante, discriminación arbitraria.

Santiago, seis de marzo de dos mil diecisiete.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.
ROL: NC N° 432-15

CONSULTANTE:

Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. ("Asilfa" o la "Consultante").

OBJETO:

Que este Tribunal se pronuncie acerca de si considera ajustada o no a la libre competencia la Resolución Afecta N° 272/2014 dictada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

- A. INTERVINIENTES
- B. PROYECTO CONSULTADO, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE
- C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES
- D. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

III) PARTE RESOLUTIVA

I) PARTE EXPOSITIVA

- A. INTERVINIENTES
 - 1. Consultante:
 - a) La Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G.
 - 2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:
 - a) Cámara de Innovación Farmacéutica A.G. ("CIF");
 - b) Superintendencia de Salud;
 - c) Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Cenabast" o la "Central");
 - d) Fiscalía Nacional Económica ("Fiscalía" o "FNE");
 - e) Pharma Investi de Chile S.A. ("Pharma Investi");
 - f) Instituto de Salud Pública ("ISP").

B. BASES CONSULTADAS, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A fojas 413, el 16 de noviembre de 2015, Asilfa somete a consulta ante este Tribunal la Resolución Afecta N° 272/2014 (la "Resolución" o las "Bases") dictada por la Central, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud. La Consultante solicitó que el Tribunal ejerza sus facultades preventivas en orden a: (i) determinar si aspectos y cláusulas de la Resolución constituyen o no un riesgo para la libre competencia o pueden llegar a afectarla; (ii) establecer condiciones que deben ser incorporadas o modificadas en la Resolución 272/2014 con el objeto de no vulnerar el D.L. N° 211; y (iii) dictar Instrucciones de Carácter General ("ICG") que Cenabast deba cumplir en las resoluciones que contengan bases para licitaciones. Respecto de esta última solicitud, el Tribunal la rechazó a fojas 477, porque el "asunto propuesto no corresponde a una materia regida por dicha disposición legal, sino únicamente de una consulta sujeta al artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211".

2. En la consulta se indica que las Bases permiten a Cenabast cumplir su función de proveer fármacos a las instituciones adscritas al Sistema Nacional de Servicios de Salud (las "Instituciones" o "Establecimientos"). Para ello, agrega la demanda de las Instituciones que le otorgan mandato para la compra de tales medicamentos. Una vez agregada la demanda, la Central gestiona y adjudica licitaciones de compra de medicamentos, lo que le permite acceder a mejores precios. En este contexto, sostiene que cada licitación que lleva a cabo Cenabast replica el modelo de las Bases, por lo que la consulta de autos versaría sobre la "arquitectura de las bases".

3. Por otra parte, la Consultante manifiesta que, de conformidad con lo expuesto en el informe de archivo de la investigación N° 1931-11 de la FNE, Cenabast participa en el 58% de las compras públicas de medicamentos éticos. Asimismo, señala que entre los años 2006 y 2013 las compras a través de Cenabast representarían entre el 31% y el 49% del gasto devengado en farmacia del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("SNSS")¹.

4. Asilfa luego expone la evolución de los modelos de compras centralizadas de Cenabast. En primer término, describe el modelo establecido mediante la Resolución Afecta N° 159/2010. Sostiene que bajo este modelo la Central compraba medicamentos para sí y luego los revendía a las Instituciones. En consecuencia, Cenabast asumía la posición de deudora de los proveedores y acreedora de las Instituciones. Asimismo, se hacía cargo del bodegaje y la logística para entregar los fármacos a las Instituciones. En segundo lugar, señala que este modelo cambió con la entrada en vigencia de la Resolución Afecta N° 164/2011. En efecto, bajo esta resolución, Cenabast deja de ser comprador y revendedor de medicamentos y pasa a ser comisionista, comprando medicamentos en representación de las Instituciones y cobrando una comisión por sus servicios. Adicionalmente, deja de tener un rol en el bodegaje y la distribución. A juicio de Asilfa, el cambio de modelo no habría mejorado el nivel de morosidad, incluso habría sido más gravoso

¹ El SNSS está compuesto por el Ministerio de Salud y sus organismos dependientes: SEREMI de Salud, los 29 Servicios de Salud, FONASA, ISP y Cenabast. Además, participan del sistema todas aquellas instituciones que realizan convenios con el SNSS (entre los cuales pueden mencionarse Municipalidades y servicios delegados).

para los proveedores ya que, entre otras razones, los proveedores tuvieron que asumir la distribución de los medicamentos y emitir más facturas, asumiendo la cobranza de las mismas.

5. En lo que respecta a los aspectos de riesgo de las Bases, la Consultante identifica lo siguiente:

5.1. Sostiene que la agregación o empaquetamiento de la demanda de medicamentos de Instituciones morosas con las Instituciones diligentes -agregación que no tiene límites- genera un riesgo de incobrabilidad. Así, a modo de ejemplo, sostiene que respecto a la deuda vencida al 31 de diciembre de 2012, el 54% de ella estaba concentrada en 13 Establecimientos, de un total de 400.

5.2. Asilfa afirma que las Bases no confieren a los proveedores adjudicados derechos autónomos para hacer frente al impago de las Instituciones. De esta manera, la consecuencia de la persistente morosidad de los Establecimientos constituiría un riesgo de que sean los proveedores quienes financien, en parte, el suministro de medicamentos a las Instituciones. En este sentido, la Consultante sostiene que debiera poder cobrar un interés moratorio, aplicar multas por incumplimientos de pago, ejecutar garantías de fiel cumplimiento a las Instituciones y tener un derecho autónomo de suspensión de los envíos de medicamentos. En su presentación de fojas 1.026 añade que esto ya estaría incorporado en las transacciones reguladas por el Convenio Marco II. Este convenio también contemplaría que el proveedor pueda rechazar órdenes de compra de instituciones morosas o que no acrediten disponibilidad presupuestaria.

5.3. A juicio de la Consultante, existiría laxitud en el plazo de pago a proveedores. Explica lo anterior señalando que las Bases contienen una extensión generalizada respecto del plazo de pago a proveedores de 45 a 90 días. En efecto, de acuerdo con las Bases, existe un plazo de 45 días para pagar, pero para poder pedir la suspensión de envíos de medicamentos deben transcurrir 45 días adicionales. El plazo sería aún mayor en el caso de establecimientos autogestionados, los cuales contarían con 60 días para pagar y otros 60 para que exista la posibilidad de pedir la suspensión de envío. Agrega que, en los hechos existe una extensión adicional del plazo ya que Cenabast tiene 15 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de envío de medicamentos. Sin perjuicio de lo anterior, mediante presentación de fojas 800, Asilfa manifestó que estos plazos habrían sido reducidos a 30 días, tanto para pagar la respectiva factura como para solicitar la suspensión de envío, con la dictación de la Resolución Afecta N° 379 de 11 de septiembre de 2015. Afirma que esta modificación no habría sido publicada en su portal, por lo que concluye que existiría una opacidad decisional de Cenabast.

5.4. Añade que existiría un riesgo de cautividad de los proveedores, atendido que ellos se encuentran obligados a seguir enviando medicamentos a pesar de la falta de pago. En este sentido, argumenta que, si bien existe la posibilidad de pedir una autorización de suspensión de envíos a Cenabast, ésta sólo se puede solicitar una vez transcurridos 90 días desde la entrega

de la respectiva factura, lo cual habría cambiado con la Resolución Afecta N° 379, según se señaló precedentemente. Agrega que la suspensión comprendería únicamente el producto moroso y sería aplicable sólo en la licitación bajo cuya vigencia han sido dictadas por lo que, acabada la vigencia de la licitación, la deuda pasaría a ser histórica y la Institución morosa puede seguir comprando bajo los términos de la siguiente licitación. Afirma que esta autorización sería discrecional, pues Cenabast puede rechazarla sin expresión de causa, y que su otorgamiento tendría un componente político. Asilfa señala que durante todo 2013 y hasta Agosto de 2014 la Central no habría otorgado ninguna autorización para suspender envíos de medicamentos y que incluso se habrían rechazado solicitudes por razones no contempladas en las Bases como, por ejemplo, no haber entregado la copia cedible de la factura respectiva.

5.5. Luego, argumenta que existe un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías que favorecen a la parte compradora, ya que sólo se establecen multas para sancionar incumplimientos de los proveedores y no de las Instituciones. Asimismo, señala que sólo los proveedores deben presentar una garantía de fiel cumplimiento.

5.6. Finalmente, sostiene que, en el procedimiento de sanciones contemplado en las Bases, Cenabast actuaría como juez y parte. Así, no existirían los incentivos adecuados, ya que los montos que la Central recibiría por concepto de multas ingresarían a su patrimonio.

6. Respecto al aplazamiento en el pago a los proveedores, Asilfa menciona que esto ya habría sido reconocido como un problema de competencia por este Tribunal. En este sentido, cita la Sentencia 9/2004: "[...] estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos. Con lo anterior, se puede limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes". Añade que tanto la Contraloría General de la República ("CGR") como las consultoras Capablanca Limitada y el Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile habrían sugerido la inclusión de multas, sanciones e incentivos que permitan un mejor comportamiento de pago de los Establecimientos.

7. En lo que respecta al mercado relevante, la Consultante señala que sería la "distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores de medicamentos a entidades públicas de salud cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamento reglamentada por la Resolución 272". Agrega que, en su dimensión geográfica, el mercado tiene una extensión nacional. Afirma que la compra de medicamentos en las licitaciones regidas por las Bases es un mercado autónomo que no resulta sustituible por otras alternativas de compras no agregadas debido al significativo mayor volumen de compra que representa la demanda agregada que intermedia Cenabast. Este mayor volumen de compra constituiría una parte relevante de la demanda de un proveedor promedio. Mediante presentación de 1 de abril de 2016, de fojas 919, aclara que el mercado relevante se genera al quedar adjudicadas las licitaciones que la Central gestiona y que es en ese mo-

mento en que se verifican los riesgos señalados precedentemente. Finaliza citando la investigación de la FNE N° 1931-11, en la que se estableció que los proveedores no tendrían poder de mercado, salvo en medicamentos patentados.

8. Atendido los riesgos identificados precedentemente, Asilfa propone la adopción de las siguientes medidas de prevención: (i) incorporar a las Bases requisitos mínimos de cumplimiento de compromisos previos para que las Instituciones puedan agregar su demanda y participar en licitaciones Cenabast; (ii) confirmar el plazo de pago de 45 días, estableciendo una notificación de morosidad al Establecimiento y a Cenabast, para luego conceder 15 días adicionales para resolver morosidad; (iii) establecer un derecho autónomo de los proveedores de suspender envíos de medicamentos a Instituciones cuya morosidad alcance un nivel objetivo de magnitud, con notificación previa; (iv) incorporar multas, sanciones e intereses a las Instituciones; (v) establecer un estatuto de derechos y obligaciones equilibrado, con resolución de conflictos neutral; (vi) establecer términos y condiciones de compra únicos y razonables que rijan las relaciones entre proveedores e Instituciones; y (vii) reducir la cuantía de las multas y limitar su acumulación, ya que las multas aplicadas por Cenabast resultarían remuneratorias. Esta última medida fue propuesta en la presentación de fojas 556.

9. Documentos acompañados por la Consultante en su presentación de fojas 13: (i) Resolución Afecta N° 272/2014 de Cenabast, de 29 de julio de 2014; (ii) informe de archivo de la Investigación de la FNE N° 1.931/11, de 3 de junio de 2015; (iii) informe “Reporte de Implementación del nuevo modelo de Cenabast, Manual de Procesos y Organigrama Institucional”, del Centro de Sistemas Públicos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, de agosto de 2012; (iv) informe “Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud” de la FNE, de noviembre de 2014; (v) publicación en diario Emol.com de 14 de agosto de 2015; (vi) Informe Final de auditoría a Cenabast de la Contraloría General de la República, de 5 de junio de 2014; (vii) balances de Gestión integral de Cenabast de los años 2010 y 2013; y (viii) Términos y condiciones Mandato de administración y compra de Cenabast/programación anual.

10. Asilfa realiza presentaciones para complementar su consulta:

10.1. A fojas 476, Asilfa acompaña el informe “Evaluación Comprehensiva del Gasto de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud - Cenabast (Periodo 2004 - 2010)”, de Capablanca Ltda., de enero de 2012.

10.2. Según consta a fojas 556, la Consultante presenta un escrito con consideraciones adicionales, en el que destaca la necesidad de las medidas que propone y agrega la propuesta de reducir la cuantía de las multas. Acompañó a esta presentación distintos antecedentes: (i) publicaciones en El Mercurio y Emol.com de 5 de enero de 2016; (ii) informe de auditoría 163-14 de la CGR a Cenabast por Deuda Municipales, de 12 de marzo de 2015; (iii) Resolución Exenta N° 148 de Cenabast, de 14 de enero de 2016, y archivo Excel de respuesta a solicitud de acceso de información; (iv) correo electrónico de funcionaria de Cenabast a proveedor, de 30 de noviembre de 2015; (v) Resolución Exenta N° 817 de Cenabast, de 2 de febrero de 2016; (vi) Resolución Exenta N° 217 de Cenabast, de 15 de enero de 2016, y archivos pdf

de respuesta a solicitud de acceso de información; (vii) Resolución Exenta N° 3.592 de Cenabast, de 19 de agosto de 2015, y archivo Excel de respuesta a solicitud de acceso de información; (viii) Resolución Afecta N° 156/12 de Cenabast, de 24 de abril de 2012; (ix) Resolución Afecta N° 184/13 de Cenabast, de 28 de mayo de 2013; (x) Convenios Marco. Formación Continua. Dirección Chile Compra y Convenios Marco. Dirección de Compras y Contratación Pública; (xi) cadena de correo electrónico entre funcionaria de Cenabast y proveedor sobre solicitudes de suspensión de abril de 2015; (xii) Ordinario N° 1.252 de Cenabast, de 26 de mayo de 2015, y Excel con listado de multas a proveedores; (xiii) balance y cuenta pública de Cenabast 2014, de mayo de 2015; y (xiv) archivos Excel con deuda de asociados a la Consultante.

10.3. A fojas 800, efectúa una presentación en que manifiesta que Cenabast no ha informado modificaciones a las Bases y a la cual acompaña: (i) Resolución Afecta N° 379 de Cenabast, de 11 de septiembre de 2015; (ii) Resolución Afecta N° 90 de Cenabast, de 23 de febrero de 2015; y (iii) publicación de noticia en La Tercera de 10 de diciembre de 2015.

10.4. A fojas 919, Asilfa aporta antecedentes adicionales sobre la falta de respuesta a solicitudes de suspensión de envío de medicamentos. Asimismo, plantea que la falta de pago no estaría fundada en problemas presupuestarios y realiza precisiones sobre su definición de mercado relevante. Acompañó a esta presentación: (i) dos cartas de la Consultante a Cenabast de 26 de septiembre y 6 de diciembre, de 2013; (ii) consulta de Asilfa sobre Licitaciones Públicas de Cenabast, en la causa NC 410-12; (iii) certificado de Cenabast de Disponibilidad Presupuestaria para 2014 y 2015; (iv) comunicación de la Comisión Europea sobre definición de Mercado de Referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 1997; y (v) Resolución N° 681/03 de la H. Comisión Resolutiva.

10.5. Luego, a fojas 942, Asilfa acompaña los siguientes documentos: (i) publicación en diario La Tercera de 29 de abril de 2016; (ii) oficio N° 49 de la Fiscalía, de 23 de diciembre de 2015.

10.6. Posteriormente, a fojas 1.026, la Consultante efectúa una presentación en la que explicó el funcionamiento del Convenio Marco de Medicamentos II y cómo criterios establecidos en él para participar pueden ser replicados en las Bases.

10.7. Finalmente, a fojas 1.142, Asilfa acompañó los Balances de Gestión Integral de Cenabast correspondientes a los años 2014 y 2015, junto con una publicación en el diario La Tercera de 28 de noviembre de 2015.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES Y APORTANTES

11. A fojas 526, mediante presentación de 1 de febrero de 2016, la CIF aportó antecedentes. En su presentación, la CIF manifiesta que la Central sería el mayor comprador tanto del Sector Salud como en el rubro de los medicamentos, alcanzando una participación del 59% del mercado público de medicamentos. Atendida la importancia de Cenabast, a juicio de la CIF, ésta debería velar por la implementación

de un sistema competitivo y eficiente del sistema de contratación pública para la certidumbre del sector. En este sentido, recalca que el estándar de revisión del Tribunal en materia de bases de licitación tendría por finalidad velar que “que las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad ex post se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas” (Sentencia N° 138/2014).

12. Posteriormente, identifica los siguientes aspectos de las Bases que generarían riesgos para la libre competencia:

12.1. En relación con el cumplimiento de los requisitos sobre Buenas Prácticas de Manufactura (“BPM”), en primer lugar señala que las BPM constituyen las normas técnicas mínimas establecidas para todos los procedimientos destinados a garantizar la calidad uniforme y satisfactoria de los productos farmacéuticos, dentro de los límites aceptados y vigentes para cada uno de ellos. Luego, destaca que para los oferentes nacionales la certificación de las normas BPM es voluntaria ya que, en su defecto, pueden acompañar la resolución administrativa que autoriza la renovación de funcionamiento del laboratorio indicando su vigencia, sin que esta autorización comprenda el cumplimiento de las medidas de aseguramiento de la calidad en la producción y control de los productos farmacéuticos. En cambio, si se trata de oferentes extranjeros, se debe acompañar el certificado de BPM o un certificado de Producto Farmacéutico. También critica que los oferentes con registros sanitarios otorgados por agencias sanitarias extranjeras sólo puedan acompañar certificados BPM emitidos por las agencias identificadas en las Bases, excluyendo los provenientes de otras entidades que incluso se encuentran reconocidas por el ISP. Según la CIF, lo anterior introduciría elementos discriminatorios entre los oferentes.

12.2. Tratándose de requisitos y condiciones relativas a la certificación de equivalencia terapéutica (certificación BE), la CIF manifiesta que no existe inadmisibilidad de la oferta del medicamento que, debiendo cumplirla, no cumple con la certificación BE, en contraposición a las prácticas impulsadas por el ISP. Agrega que las Bases no hacen referencia a la norma técnica del Ministerio de Salud (“Minsal”) que establece las condiciones para el registro de productos biotecnológicos referentes y biosimilares. Las Bases tampoco se refieren a los productos biológicos y los de síntesis química ni a cómo el oferente debe demostrar la calidad, eficacia y seguridad de los productos biotecnológicos que se pretendan adquirir.

12.3. Por otro lado, plantea que los criterios de evaluación de las ofertas y la asignación de puntaje no incentivan compras públicas eficientes. Lo anterior lo funda en que: (i) no se alcanza la combinación más ventajosa entre precio – calidad, ya que existe una excesiva ponderación del factor económico en desmedro del factor técnico; (ii) no se promueve la oferta de medicamentos bioequivalentes y, por ende, no se aseguraría la calidad de los medicamentos adjudicados como una competencia efectiva entre oferentes que permita la sustitución del medicamento por otro de la misma calidad y eficacia, ya que al subfactor de equivalencia terapéutica se le otorga un bajo puntaje; (iii) existirá una incongruencia entre las normas que obligan a medicamentos a demostrar bioequivalencia y las Bases, porque las Bases no establecen inadmisibilidades

o castigos al incumplimiento de los plazos establecidos por la autoridad sanitaria para demostrar su equivalencia terapéutica; (iv) el comportamiento del proveedor es evaluado de manera inexacta y omite variables relevantes, dado que se asigna puntaje a las empresas que demuestren el menor número de multas aplicadas sin considerar el monto de multas, las razones para cursarlas y el tiempo que lleva participando el proveedor en el sistema de compras públicas; (v) el criterio de "experiencia de uso previo del producto ofertado en Chile u otros países" sería arbitrario, puesto que sería aplicable únicamente a programas sobre VIH; y (vi) no existiría un criterio técnico de farmacovigilancia que permita incentivar la detección y evaluación de los efectos adversos de los medicamentos, por no existir obligaciones de informarlos.

12.4. Agrega que no existe un derecho al aseguramiento de la correcta ejecución del servicio adjudicado. En este sentido, plantea que el actual diseño de las Bases no contempla obligaciones para Cenabast que permitan al contratante privado cumplir con el servicio o prestación debidamente, impedir que terceros obstaculicen dicho desenvolvimiento normal o impedir actos de terceros que ilegítimamente afecten la normal prestación del servicio público. Por lo anterior, a juicio de la CIF, a la Central le correspondería asumir obligaciones que permitan facilitar la prestación de servicios por parte de los proveedores.

12.5. La CIF señala que el catálogo de multas de las Bases es desproporcionado y genera incertidumbre para los proveedores al no tener criterios claros para su determinación. Lo anterior lo ejemplifica señalando que las sanciones pueden alcanzar hasta el 10% del valor total neto del ítem no cumplido.

12.6. Finalmente, la CIF critica el funcionamiento sobre el pago de precio y niveles de endeudamiento de las instituciones de salud. En relación con este problema propone lo siguiente: (i) pago de facturas de 45 días debe ajustarse a 30; (ii) permitir el cobro de intereses por mora, reajuste e indemnización de los costos para cobros; (iii) establecer una manera de suspender la ejecución del suministro de medicamentos transcurrido a lo más 90 días; y (iv) las Bases debieran tener un trato diferenciado respecto de instituciones deudoras con convenios de pago, limitando su participación o aplicando sanciones e incentivos.

12.7. A su presentación la CIF acompaña los siguientes antecedentes: (i) informe "Observaciones de la Cámara de la Innovación Farmacéutica (CIF Chile) a las Bases de Licitación - Cenabast", de 11 de junio de 2015; y (ii) documento "Deuda vencida CENABAST y Hospitales Públicos. Datos octubre 2015", de enero de 2016.

13. Posteriormente, a fojas 873, la CIF acompaña el documento "Desglose deuda vencida Hospitales Públicos. Datos octubre 2015", relativo a los niveles de deuda de sus asociados.

14. Finalmente, a fojas 1.151, la CIF actualiza la información sobre deudas de sus asociados acompañando los documentos "Desglose deuda vencida Hospitales Públicos Octubre 2015 a abril 2016" y "Deuda vencida Cenabast y Hospitales Públicos octubre 2015 a abril 2016".

15. A fojas 547, mediante presentación de 2 de febrero de 2016, la Superintendencia de Salud aporta antecedentes, detallando la regulación del derecho a la salud contemplado en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

16. En este contexto, señala que el año 2005, mediante la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, se otorgó a los beneficiarios las prestaciones que este régimen establece, dentro de las cuales están las Garantías Explícitas en Salud (GES). Esta ley contiene la Garantía Explícita de Acceso, de Calidad, de Oportunidad y de Protección Financiera. En este sentido, mediante Decreto del Ministerio de Salud y del Ministerio de Hacienda se establecieron y arancelaron las prestaciones que se requieren para el diagnóstico de un problema de salud priorizado y su tratamiento o seguimiento. Dentro del concepto prestaciones se incluyen medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, entre otros.

17. Agrega que con la Ley N° 20.850, que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo (Ley Ricarte Soto), se estableció un sistema adicional de protección dentro del Régimen General de Garantías en Salud.

18. La Superintendencia sostiene que la disponibilidad de medicamentos y otros insumos médicos es indispensable para el sistema de salud en su conjunto, principalmente en su provisión para el debido cumplimiento de las acciones de salud y que no se encuentran sujetas a un sistema de garantías explícitas o de priorización, por lo que cualquier medida que implique la suspensión en su entrega constituye un riesgo de provisión para los beneficiarios del sistema de salud, impactando negativamente el cumplimiento de las garantías explícitas.

19. Añade que la provisión de medicamentos e insumos médicos corresponde a la ejecución de contratos que trascienden el ámbito de las relaciones privadas y se enmarcan en el contexto de la satisfacción de las necesidades públicas y de interés general a través de proveedores idóneos.

20. Finalmente, sostiene que la no entrega oportuna de bienes y servicios sanitarios podría derivar en una eventual responsabilidad patrimonial en materia sanitaria por falta de servicio.

21. Con fecha 5 de febrero de 2016, Cenabast aportó antecedentes mediante un escrito que rola a fojas 709 de autos. En su presentación la Central se refirió, en primer término, a la función que ella cumple. Señala que ella fue creada con la finalidad de satisfacer las necesidades de los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud o adscriban a él, o tengan entre sus fines ejercer acciones de salud en favor de sus beneficiarios. Para ello inicia un procedimiento de programación de compra para las Instituciones, la que luego de ser consolidada, deriva en llamados a licitaciones u otros procedimientos de compra, según corresponda.

22. En relación con su modelo de negocio, reconoce que las Bases son la normativa que rige la relación entre la entidad licitante y el proveedor, las que posteriormente son reproducidas en los contratos que se suscriben con los proveedores adjudicados. Cenabast revisa y modifica sus bases de licitaciones con el objeto de prevenir la existencia de barreras que desincentiven la participación de oferentes y mejorar la aplicación práctica de las Bases. Por ello es que el modelo de compras ha ido cambiando. Des-

taca que los proveedores tienen absoluto y perfecto conocimiento de los potenciales clientes en las licitaciones que realiza la Central. Afirma que con el cambio de modelo disminuyó la participación de Cenabast en el Gasto devengado de farmacia del SNSS.

23. Luego, precisa que ella sólo tiene un mandato especial de compra con los Establecimientos, por lo que se obliga para con sus mandantes y no con el proveedor. Respecto de la relación con los proveedores, ésta es regulada por las Bases, la resolución adjudicatoria y el correspondiente contrato.

24. Por otro lado, reconoce que ella es la principal compradora de medicamentos en el Portal Mercado Público, pero que no representa el mayor porcentaje de compra de la canasta hospitalaria de medicamentos.

25. Cita el estudio de la FNE, Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud, que rola a fojas 240, en el que se señala que "[...] las licitaciones de CENABAST que fueron analizadas por la FNE no habrían incluido condiciones o criterios discriminatorios como los analizados en este estudio, por lo que promoverían de forma efectiva la penetración de fármacos con acreditación de equivalencia terapéutica y con ello la competencia".

26. En cuanto a la consulta de autos, sostiene que ella no se encuentra habilitada para demandar a instituciones dependientes del Minsal, pero sí respecto de Municipalidades y Corporaciones Municipales, mientras que los proveedores pueden solicitar el cobro judicial de sus acreencias contra todos sus deudores.

27. En relación a la suspensión de entregas de medicamentos, afirma que, a diciembre de 2015, se han dictado más de mil resoluciones autorizando la suspensión de entrega de productos por no pago de factura, por lo que no existiría en su otorgamiento el componente político que señala Asilfa. Agrega que existe un instructivo sobre el proceso de suspensión de entregas que regula las condiciones objetivas para la suspensión, por lo que la referida autorización no sería un acto discrecional. Manifiesta que incluso el 2014 se creó, dentro del Departamento de Gestión de Contratos, el subdepartamento de Control de Contratos, el cual vela por que se cumplan los procesos de las Bases y que ha creado un catastro histórico de solicitudes de suspensión.

28. También señala que no es posible establecer un derecho autónomo de los proveedores para la suspensión de entrega a los clientes morosos, pues sería contrario a su naturaleza de órgano público. Lo anterior, considerando especialmente las Garantía Explícitas de Salud contempladas en la ley N° 19.966. En este sentido, argumenta que la provisión de medicamentos trasciende el ámbito de relaciones entre partes privadas abarcando necesidades públicas y de interés general.

29. Por otro lado, destaca lo resuelto por la CGR en su Dictamen N° 4129/2008, el cual descartó el establecimiento de multas o cláusulas penales en los acuerdos de voluntades que celebren los servicios públicos entre sí. Asimismo, descartó la existencia de una obligación genérica de garantizar el cumplimiento de compromisos entre organismos de la Administración del Estado.

30. A mayor abundamiento, menciona que, con el objetivo de mejorar las relaciones entre proveedores e instituciones, implementó un programa de información

de entregas. Sin embargo, planteó que los proveedores no cooperaron en esta tarea, ya que sólo el 74% proveyó dicha información, a pesar de ser obligatorio.

31. Finalmente, sostiene que la diferencia en el plazo de pago respecto de los establecimientos autogestionados tiene su fundamento en el Decreto Supremo N° 38/2005.

32. La Central acompaña los siguientes antecedentes a su presentación de fojas 709: (i) Resolución Exenta N° 03283 de Cenabast, de 15 de diciembre de 2011; (ii) Ordinario N° 15936 de Cenabast, de 28 de diciembre de 2011; (iii) Ordinario N° 7673 de Cenabast, de 7 de agosto de 2012; (iv) Resolución Exenta N° 1848 de Cenabast, de 18 de julio de 2012; (v) Resolución Exenta N° 1888 de Cenabast, de 30 de mayo de 2014; (vi) Proyecto de Acuerdo N° 345 de la Cámara de Diputados, de 17 de mayo de 2011; (vii) Ordinario N° 2035 de Cenabast, de 27 de julio de 2015; (viii) Ordinario N° 2730 de Cenabast, de 21 de septiembre de 2015; (ix) Ordinario N° 3271 de Cenabast, de 16 de octubre de 2015; (x) Ordinario N° 3646 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xi) Ordinario N° 3634 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xii) Ordinario N° 3635 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xiii) Resolución Afecta N° 164/2011 de Cenabast, de 31 de agosto de 2011; (xiv) Resolución Afecta N° 197/2011 de Cenabast, de 9 de septiembre de 2011; (xv) Resolución Afecta N° 229 de Cenabast, de 14 de octubre de 2011; (xvi) Resolución Afecta N° 156 de Cenabast, de 24 de abril de 2012; (xvii) Resolución Afecta N° 184 de Cenabast, de 28 de mayo de 2013; (xviii) Resolución Afecta N° 272/2014 de Cenabast, de 29 de julio de 2014; (xix) Resolución Afecta N° 90 de Cenabast, de 23 de febrero de 2015; (xx) Resolución Afecta N° 379 de Cenabast, de 11 de septiembre de 2015; y (xxi) Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud.

33. A fojas 1.834, la Central acompaña antecedentes adicionales sobre los asociados a Asilfa, sus contrataciones con Cenabast y las resoluciones de la Central que han autorizado la suspensión de envíos de medicamentos.

34. El 5 de febrero de 2016 la Fiscalía Nacional Económica aporta antecedentes mediante un escrito que rola a fojas 742 de autos. En su presentación realiza la prevención de que se limitó a analizar los posibles riesgos anticompetitivos de las Bases bajo la modalidad de distribución directa, excluyendo el análisis de la deuda histórica que tiene Cenabast con los proveedores y la que tienen las Instituciones con Cenabast producto del modelo de compras centralizadas bajo modelos anteriores a la Resolución Afecta N° 272/2014.

35. En cuanto al análisis que realiza la Fiscalía, en primer lugar expone una caracterización de la industria farmacéutica y el canal institucional, explicando que los productos farmacéuticos pueden ser distribuidos por el canal retail o institucional. Este último se encontraría conformado por los prestadores institucionales de salud, públicos o privados, que adquieren medicamentos para su uso en el marco de las prestaciones que otorgan. Según datos de la Fiscalía, el mercado total, el año 2014, fue de U\$1.721 millones, correspondiendo el 73,6% al canal retail y el restante 26,4% al canal institucional. En este contexto, afirma que laboratorios representados por Asilfa representaron el 15,6% de las ventas totales del mercado de los medicamentos en Chile durante el año 2014, esto es considerando ambos canales.

36. Respecto del canal institucional, reporta que en el 2014 Cenabast representó el 39,5% de los montos de intermediación en fármacos e insumos médicos del SNSS. No obstante lo anterior, reconoce que este cálculo excluye un importante número de instituciones e incluye productos distintos a los medicamentos. Considerando lo anterior, a juicio de la FNE, las compras realizadas por Cenabast representarían el 37% del canal institucional para el año 2014.

37. Tratándose de prestadores de salud del sector público, ellos tienen la posibilidad de adquirir medicamentos por cuenta propia o a través de Cenabast. Por su parte, la adquisición de medicamentos a través de Cenabast puede ser bajo tres modalidades: (i) convenios marco; (ii) licitaciones efectuadas a través del Portal Mercado Público; o (iii) trato directo con los proveedores en caso de emergencias, importaciones o que exista un sólo oferente para el producto requerido.

38. Después de realizar estas contextualizaciones, la FNE hace un recuento de los distintos modelos de negocios de la Central, resumiendo el contenido de las Resoluciones Afectas Nos 156/2012, 184/2013 y 272/2014 de la Central.

39. Luego, realiza un análisis de la consulta de autos criticando algunos aspectos de ella. En primer término, discrepa de Asilfa en cuanto al mercado relevante afectado, ya que este dependería en cada caso del medicamento específico que sea licitado, por lo que el análisis del potencial anticompetitivo de las Bases difícilmente puede ser realizado en abstracto y ex ante. En el caso de fármacos de prescripción, el mercado relevante se encontraría determinado por el principio activo; mientras que en aquellos de venta directa, el mercado estaría circunscrito a todos los medicamentos que compartan la misma finalidad terapéutica.

40. Luego, manifiesta que los datos de morosidad aportados en la Consulta no dicen relación con el modelo de compras objeto de la consulta, sino que con modelos anteriores. No obstante, afirma que bajo el modelo actual de las Bases, la deuda ha aumentado un 24% desde el 2012, mientras que las ventas han crecido un 39% para el canal institucional en igual período. Indica que las deudas vencidas agregadas apenas superan el 2,5% de las ventas totales de los laboratorios y que tampoco superan el 7% de las ventas en el canal institucional de los asociados de Asilfa. En consecuencia, concluye que el nivel de morosidad difícilmente podría tener efectos anticompetitivos.

41. A juicio de la FNE, los problemas de morosidad tendrían su origen en el déficit presupuestario con el que operan algunas instituciones de salud. En este contexto, Cenabast generaría un ahorro de 34,9% en promedio, en comparación con el precio al que las Instituciones acceden a través del portal mercado público, por lo que restar a las instituciones morosas podría agravar el problema presupuestario.

42. Agrega que no habría discriminación en los plazos en los que las instituciones de salud pagan a sus proveedores, si se consideran las distintas modalidades bajo las cuales son adquiridos los medicamentos (trato directo, mercado público o licitaciones).

43. Finalmente, recalca que el pago oportuno es una obligación de carácter contractual, por ende, los proveedores pueden presentar las acciones judiciales co-

respondientes e, incluso, pueden solicitar la suspensión de entregas futuras. Así, no ve la necesidad de modificar o complementar el marco regulatorio relativo a los derechos de los proveedores para obtener el cumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los Establecimientos.

44. A modo de conclusión, señala que las Bases no merecen actualmente reproche desde el punto de vista de eventuales efectos anticompetitivos que podría generar respecto de los proveedores adjudicados. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE señala que Cenabast debiera monitorear el buen funcionamiento del derecho a suspender la entrega de medicamentos, velando que la autorización no sea discrecional y que el procedimiento sea expedito y sencillo.

45. El 5 de febrero de 2016, a fojas 810, Pharma Investi de Chile S.A. aporta antecedentes.

46. Pharma Investi expresa que, en general, comparte los cuestionamientos de Asilfa. Sin embargo, reconoce que existen otros problemas con las Bases que impiden que ella participe libremente y en igualdad de condiciones con otros oferentes. En concreto, señala que habría una preferencia de Cenabast por certificaciones de agencias sanitarias extranjeras en desmedro de la certificación nacional del ISP de la calidad, seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos que son comercializados en nuestro país. Lo anterior se reflejaría en que se requiere adjuntar certificados de BPM de ciertas agencias extranjeras mencionadas taxativamente en las Bases, eliminando la posibilidad de que productos de otra procedencia puedan ser ofertados al sector público, aun cuando pueden ser comercializados en Chile.

47. Lo anterior, supondría la creación de barreras de entrada, por lo que Pharma Investi no podría participar en licitaciones con sus productos fabricados en Uruguay, a pesar de que para su comercialización en Chile sólo requieren de registro sanitario otorgado por el ISP. De esta manera, la Central privilegiaría productos fabricados en países arbitrariamente seleccionados ya que, si no se cuenta con esos certificados BPM, no se puede participar en las licitaciones.

48. Finalmente, sostiene que, en el “Estudio de licitaciones de compras de medicamentos en establecimientos de salud”, que rola a fojas 240, la FNE habría criticado la creación de barreras en procesos licitatorios de medicamentos señalando que “quienes elaboren las bases de los establecimientos de la Red Asistencial deben, junto con respetar la regulación vigente en materia de compras públicas, la que rehúye el trato desigual entre competidores y busca la mejor combinación de factores favorables al organismo, incorporar la normativa en materia de equivalencia terapéutica. La coherencia entre los criterios de certificación de calidad exigidos por ISP y los criterios utilizados en sus licitaciones por parte de los establecimientos de salud operan como resguardo de la competitividad de la licitación a nivel de diseño de las bases”.

49. A fojas 833, el 12 de febrero de 2016, el Instituto de Salud Pública hace presente que no tenía competencia alguna para pronunciarse sobre la Consulta, por cuanto ésta no diría relación con aspectos sanitarios.

50. A fojas 846, el 15 de marzo de 2016, la Cámara Nacional de Laboratorios Canablab A.G., respondiendo un requerimiento de información por parte del Tribunal, aporta información sobre la deuda que tienen sus asociados con las instituciones de salud.

D. AUDIENCIA PÚBLICA

51. A fojas 950 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 22 de junio de 2016, a las 10:00 horas. La publicación correspondiente se efectuó el día 25 de mayo de 2016 en el Diario Oficial, según consta a fojas 1.024.

52. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante, de la CIF, de Pharma Investi y de Cenabast.

II) PARTE CONSIDERATIVA

E. OBJETO DE LA CONSULTA, ACTO CONSULTADO Y METODOLOGÍA

53. El objeto de esta consulta es obtener un pronunciamiento de este Tribunal acerca de la conformidad que tendrían las Bases al D.L. N° 211. Éstas establecen el marco bajo el cual Cenabast licitará las futuras adquisiciones de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos que las Instituciones le encargan. Así, las Bases no establecen las condiciones de adquisición de un medicamento o insumo médico en particular, puesto que se trata de bases tipo, cuyos términos generales se replican en las bases particulares que la Central dicta al momento de llamar a una licitación. Cabe mencionar que las Bases regulan la mayoría de las licitaciones realizadas por Cenabast, pero para ciertos productos o servicios no estandarizados se deben elaborar bases específicas no relacionadas con el acto consultado.

54. Para analizar el acto consultado, se adoptará la siguiente metodología: (i) en primer lugar, se hará una breve explicación de los presupuestos necesarios para determinar cuándo existe una afectación a la libre competencia en procesos licitatorios; (ii) luego, se analizará si los antecedentes presentados en este proceso no contencioso permiten verificar los supuestos de la afectación; (iii) en tercer lugar, sin perjuicio de lo anterior y sólo a mayor abundamiento, se analizará si Cenabast tiene una participación en la industria farmacéutica que permita deducir una eventual afectación de la libre competencia en los mercados que la componen, pese a la imposibilidad de identificar el mercado relevante afectado.

55. Aplicando esta metodología, como se verá en los párrafos siguientes, se concluye que las Bases no permiten identificar el mercado relevante del producto licitado, elemento esencial para el análisis de competencia y que, en cualquier evento y de manera general, el bajo porcentaje de participación de la Central como compradora en la industria farmacéutica permite descartar, en principio, que sus bases tipo afecten la libre competencia. Lo anterior es sin perjuicio de los problemas de competencia que se puedan presentar respecto de las bases de licitación de un medicamento o insumo médico en específico.

F. LIBRE COMPETENCIA Y BASES DE LICITACIÓN

56. En términos económicos, una licitación es un modo de selección del proveedor de un bien o servicio mediante concurso. En aquellos casos que una licitación es no discriminatoria, objetiva y transparente, ésta es competitiva.

57. Tal como se señaló en la Sentencia N° 118/2012, las licitaciones para adquirir bienes o servicios "son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar

los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos” (consideración sexta). Dado lo anterior, la conducta tanto de compradores como de oferentes en el marco de una licitación podría afectar la libre competencia.

58. En el caso en estudio, las licitaciones permitirían a Cenabast seleccionar al proveedor (o vendedor) más adecuado de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos. En este contexto, cabe señalar que las “normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del TDLC N° 100/2010). Por ende, el D.L. N° 211 resulta plenamente aplicable a las licitaciones de Cenabast.

59. En cuanto al análisis de libre competencia en lo referente a bases de licitación, el interés público protegido en esta sede es la libre competencia en el mercado. Lo anterior se debe a que “[e]n Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación de derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo” (Sentencia N° 138/2014, consideración decimouna). Por tanto, en este caso, la afectación de la libre competencia por el licitante (o comprador) exige alegar y demostrar que éste tiene poder de compra, esto es, la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular sino que la oferta en general, como ocurre cuando hay poder de compra.

60. En consecuencia, no bastaría con acreditar que las bases de licitación que se analizan contienen elementos arbitrarios o discriminatorios para concluir que afectan la libre competencia. En otras palabras, la afectación de la libre concurrencia de los oferentes en un proceso licitatorio no afecta, necesariamente, la libre competencia en el mercado. Así fue resuelto en la Sentencia N° 114/2011, en la que se señaló que el incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos “no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar” (consideración trigésima quinta).

61. De esta manera, para que un comprador (o licitante) pueda afectar la libre competencia en el mercado es necesario que: (i) cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintas a las que existirían en una situación de competencia; y (ii) actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra, es decir, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos. Por consiguiente, el interesado deberá alegar y probar ambos elementos.

62. En consecuencia, por regla general, no es posible determinar la afectación de la libre competencia por parte del órgano licitante sin determinar el mercado relevante del producto licitado. Definido este mercado relevante, es preciso deter-

minar si concurren los requisitos para configurar un problema de libre competencia en el mismo por parte del comprador.

G. BASES TIPO Y MERCADO RELEVANTE

63. Para efectos de determinar el mercado relevante de autos, se debe tener presente que, como señala la Resolución N° 272/2014, el acto consultado son bases tipo, pues el producto licitado se refiere genéricamente a "fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos, bajo la modalidad de distribución directa destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud".

64. Asilfa señaló en su consulta que el mercado relevante consistiría "en la distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores de medicamentos a entidades públicas de salud cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamento reglamentadas por la Resolución 272" (fojas 449).

65. Sin embargo, la enumeración genérica de productos farmacéuticos no permite determinar el mercado relevante, pues se trata de productos cuya comercialización puede constituir diferentes mercados, en razón de las características singulares de cada medicamento.

66. En efecto, esta magistratura ha señalado en sus Sentencias Nos 51/2007, 59/2007 y 125/2012 que existen medicamentos de venta directa u "OTC" -"over the counter"-, en los cuales el mercado relevante está determinado por la finalidad terapéutica del medicamento; y medicamentos "éticos" -aquellos que son comercializados exclusivamente con receta médica-, en los que el mercado relevante queda determinado por el principio activo del mismo. Esta distinción se basa en que, en el primer caso, es el consumidor quien escoge directamente qué medicamento utilizar para una dolencia en particular; mientras que, en el segundo, el medicamento es elegido por un tercero -el médico tratante-, lo que limita las posibilidades de sustitución.

67. En igual sentido, a fojas 748 y siguientes, la FNE realiza una serie de consideraciones respecto a la definición de mercado relevante en el caso de autos. Menciona que "a nivel comparado en casos de medicamentos, en general el análisis de los mercados relevantes involucrados tiene como punto de partida la clasificación ATC de la Organización Mundial de la Salud ("OMS"). Esta clasifica a los distintos medicamentos de acuerdo al sistema anatómico sobre el que estos actúan, además de por sus características químicas, farmacológicas y propiedades terapéuticas". Por esta razón, señala la FNE, "el mercado relevante afectado dependerá en cada caso del medicamento específico que sea licitado por Cenabast", de acuerdo a "factores tales como las características del producto licitado, la cantidad de oferentes en el mercado, la presencia de patentes de invención, el poder de mercado que puedan tener los laboratorios, entre otros". Concluye, por tanto, que el "potencial anticompetitivo de las bases de licitación establecidas por la Resolución 272 difícilmente puede ser realizado en abstracto y ex ante, por cuanto no existe un mercado debidamente definido".

68. En virtud de lo expuesto, la formulación del producto licitado en términos genéricos impide determinar su mercado relevante y no permite analizar si las Bases

afectan la libre competencia. Siendo el mercado relevante un elemento esencial de este análisis, la imposibilidad de precisarlo descarta también la posibilidad de determinar el poder de compra del órgano licitante, segundo presupuesto necesario para acreditar una eventual afectación del interés público protegido en esta sede.

H. PARTICIPACIÓN DE CENABAST EN LA INDUSTRIA FARMACEUTICA

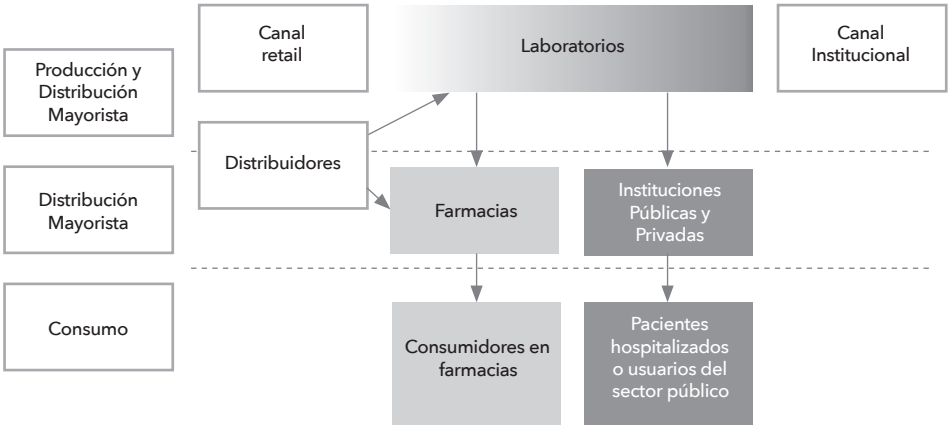
69. Sin perjuicio de lo anterior y sólo a mayor abundamiento, el bajo porcentaje de participación de Cenabast como comprador en la industria farmacéutica también permite desestimar una eventual afectación de los mercados que la componen. El análisis que se expone a continuación así lo confirma.

70. En Chile existen alrededor de 60 laboratorios con autorización para distribuir alguno de los medicamentos que forman parte de las clases terapéuticas autorizadas por el ISP. Todos ellos pueden vender sus productos a través de dos canales: el canal retail y el canal institucional.

71. El canal retail se caracteriza por la venta de medicamentos a través de farmacias -Cruz Verde, Salcobrand y FASA tenían en conjunto más del 90% de participación el año 2010, según el informe de archivo de la investigación N° 1931-2011 de la FNE-. El canal institucional está compuesto por todos los prestadores de salud, públicos y privados -tales como hospitales, clínicas, consultorios, fundaciones y municipalidades-, que requieren de productos farmacéuticos para el tratamiento de sus pacientes.

72. En cuanto a las ventas de fármacos, estas se concentran principalmente en el canal retail. Según lo señalado por la FNE a fojas 746, las ventas de fármacos a través de farmacias representaron el 73,6% del total de ventas de medicamentos a nivel nacional el año 2014, excluyendo las ventas realizadas a clínicas privadas. El 26,4% restante de las ventas se realizaron a través del canal institucional. La misma Fiscalía, en su informe de archivo de la investigación N° 1931-2011, mencionaba que, el 2010, el 8% de las ventas totales de fármacos en Chile fueron a clínicas privadas, el 22% al sistema público y el 70% a farmacias.

Figura 1
Resumen Canales de Comercialización de Medicamentos



Fuente: Informe de Archivo Rol 1931-11 FNE

73. Dentro de los participantes del canal institucional se encuentra Cenabast, el que cumple un rol de intermediación entre los laboratorios farmacéuticos y las instituciones de salud. Su existencia permite alcanzar un resultado más eficiente al agrupar los requerimientos de los servicios de salud y disminuir el número de transacciones entre estos y los laboratorios farmacéuticos. La FNE en su "Estudio de licitaciones de compras de medicamentos en establecimientos públicos de salud", de noviembre de 2014, menciona que "respecto de la elaboración de bases de licitación con criterios con potencial anticompetitivo, el hecho de que las licitaciones sean gestionadas mediante una institución central como la Cenabast puede ayudar a sortear este tipo de barreras, aprovechando la experiencia e información acumulada por la institución en las especificaciones propias de la compra de medicamentos. A su vez, debido al volumen de compra y los plazos comprometidos, las licitaciones de Cenabast se realizan en menor número, lo que permite mejorar su fiscalización por organismos externos, aumentando su transparencia. Una muestra de lo anterior es que las licitaciones de Cenabast que fueron analizadas por la FNE no habrían incluido condiciones o criterios discriminatorios como los analizados en este estudio, por lo que promoverían de forma efectiva la penetración de fármacos con acreditación de equivalencia terapéutica y con ello la competencia".

74. Según información aportada por Asilfa, Cenabast y la FNE, a fojas 429, 721 y 751 respectivamente, la Central ha representado históricamente entre el 31% y 52% del total de ventas realizadas en el canal institucional. Respecto a estas cifras la propia Cenabast, a fojas 721, señala que, si bien la Central es el principal comprador de medicamentos en el portal mercado público, no representa el mayor porcentaje de compra de la canasta hospitalaria de medicamentos. Ello, en atención a que todos los prestadores de salud del SNSS –o adheridos a él– pueden abastecerse a través de las distintas vías contempladas en la Ley N° 19.886 sobre compras públicas. Así, el artículo 68 del DFL 1 del Ministerio de Salud afirma que la intermediación realizada por Cenabast es "sin perjuicio de la facultad de los Servicios de Salud y otros organismos o entidades del Sistema para adquirir dichos elementos (los medicamentos) de otros proveedores".

Cuadro 1
Participación de Cenabast en Gasto en Farmacia del SNSS

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
35%	39%	47%	48%	49%	42%	34%	31%	40%	40%

Fuente: Cenabast fojas 721. Elaborado en base a datos Balance Gestión Integral Cenabast 2010, 2013, 2015.

Cuadro 2
Evolución de Venta de Medicamentos en el Canal Institucional (cifras en millones de pesos a diciembre de cada año)

Año	Cenabast [A]	Otros (1) [B]	Total Canal Institucional [A]+[B]	Cenabast [%]	Otros [%]
2013	155.082	200.609	355.691	44%	56%
2014	123.029	206.821	329.850	37%	63%
2015	225.038	206.092	431.130	52%	48%

(1) Incluye ventas a Hospitales, FF.AA., Servicios de Salud, Universidades, Municipios y otros afines.

Fuente: FNE fojas 752. Elaboración FNE en base a datos de Tech-K. Información disponible en http://asilfa.cl/ASILFA_CHILE/estadísticas/mercado-institucional/ano-2015/

75. Ahora bien, si se considera la participación de Cenabast en la industria de venta de medicamentos, que incluye tanto el canal retail como el institucional, ésta fluctuaría únicamente entre el 5,425% y 10,92% del universo total de ventas de medicamentos. Lo anterior considerando que el canal institucional constituye entre un 25% y 30% del total de ventas de medicamentos, que Cenabast intermedia entre un 31% y 52% de este 25-30%, y que el 70% de las compras de Cenabast son a través de licitaciones.

76. La información anterior permite concluir que la participación de Cenabast en la industria farmacéutica es considerablemente baja, por lo que no es posible deducir una posible afectación de los mercados que la componen, a diferencia de casos anteriores en que la participación del comprador era relevante (véase, por ejemplo, Sentencia N° 9/2004).

I. CONCLUSIÓN

77. De lo analizado, este Tribunal concluye que no existen antecedentes en autos que permitan sostener que las Bases no se ajustan al D.L. N° 211. En efecto, atendido que las Bases no se refieren a un producto en particular, no es posible definir el mercado relevante en el que se insertan. Por ende, no es posible determinar si Cenabast tiene poder de compra y, consecuentemente, si las Bases afectan el proceso competitivo. Por este motivo, este Tribunal no propondrá la adopción de medidas.

78. No obstante lo anterior, los volúmenes de compra efectuados en virtud de las Bases tampoco permiten considerar, en principio, que el asunto consultado infrinja lo dispuesto en el D.L N° 211. En efecto, las licitaciones normadas por las Bases representarían un volumen menor del total de las ventas de medicamentos.

79. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que terceros que pudieren verse afectados por eventuales infracciones a la libre competencia presenten las acciones o consultas que en su concepto procedan respecto de bases de licitación de Cenabast particulares, referidas a un producto determinado.

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que no existen antecedentes en autos que permitan concluir que el asunto consultado por la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. a fojas 413, relativo a la Resolución Afecta N° 272/2014 dictada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud, sea contrario al Decreto Ley N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 432-15

Pronunciada por los Ministros Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.

156/2017

SENTENCIA 156/2017
(Causa Rol C 271-13; acumulada a roles C 269-13 y C 286-14)

**“Demanda de Netline Mobile S.A.
contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros”**

Fecha dictación: 21 de marzo de 2017.

Ministros que concurren a la vista: Enrique Vergara Vial, Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Javier Tapia Canales, Jaime Arancibia Mattar y Jorge Hermann Anguita.

Demandantes: Netline Mobile S.A., OPS Ingeniería Limitada y Telecomunicaciones Max Limitada.

Demandados: Claro Chile S.A, Entel PCS Telecomunicaciones S.A y Telefónica Móviles Chile S.A.

Resumen de la controversia: Las Demandantes acusan a Demandados de haber incumplido la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema el 23 de diciembre de 2011, en aquella parte que las obliga a presentar ofertas de facilidades y/o reventa de planes en términos generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. En específico, fundan el incumplimiento en acusaciones de negativa de venta, estrangulamiento de márgenes y discriminación anticompetitiva

Mercado afectado: El mercado mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles, donde los Operadores móviles con red u OMR proveen de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, y que son utilizadas por los Operadores móviles virtuales u OMV para poder ingresar al mercado minorista; y el mercado de venta minorista de servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales, donde actúan como oferentes tanto los OMR como los OMV.

Resolución del Tribunal: Se rechaza, sin costas la demanda, atendido que, de acuerdo a la evidencia aportada en autos: (i) las demandadas realizaron ofertas mayoristas de facilidades o de reventa de planes; (ii) las acusaciones relativas a no realizar ofertas de facilidades o reventa de planes -negativa de venta, según los demandantes-, no cumplirían con los requisitos necesarios para configurar un incumplimiento de la Sentencia; (iii) las condiciones comerciales contenidas en las ofertas atingentes habrían permitido el ingreso de competidores tan eficientes como quien realiza la oferta, por lo que no puede considerarse que estrangulan márgenes; y (iv) los términos utilizados en las ofertas no podían considerarse competitivamente discriminatorios.

Recursos: Reclamación pendiente ante la Excma. Corte Suprema. Rol N° 15.389-2017

Temas que trata: Valor probatorio de la confesión; prescripción de medidas impuestas en Sentencias condenatorias; excepción de corrección del procedimiento; legitimación activa; incumplimiento de sentencias; estrangulamiento de márgenes; negativa de venta; discriminación anticompetitiva.

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. Demanda de Netline Mobile S.A.

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

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

1.2 Señala que el año 2006 decidió ingresar al mercado de la telefonía móvil como un OMV y que, para ello, solicitó una oferta de facilidades y oferta para reventa a las Operadoras Móviles con Red (en adelante, "OMR") que operaban en dicha época: Entel, Claro y Telefónica. Indica que las demandadas, desde ese momento, impusieron barreras artificiales para que Netline pudiera ingresar al mercado de telefonía móvil al negarse a suscribir contratos que les permitiera el uso de infraestructura, redes y espectro radioeléctrico, necesario para la prestación de dichos servicios. La mencionada conducta fue acreditada y sancionada por la Excelentísima Corte Suprema quien, además, les obligó al pago de una multa de 3.000 UTA más costas y exigió a las demandadas a "presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios".

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

1.4 En relación a lo anterior, indica que también solicitó oferta de facilidades a las otras demandadas en diversas oportunidades recibiendo, en algu-

nos casos, ofertas que no cumplirían con lo ordenado por la Sentencia y que no contemplarían condiciones comerciales económicamente razonables; y, en otros, negativas directas, dilaciones o el establecimiento de condiciones para su entrega que no se condecirían con lo ordenado.

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

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

1.7 Respecto de Claro, indica que el 18 de enero de 2013 le solicitó una oferta de facilidades y el 29 del mismo mes recibió respuesta de Claro, quien le habría señalado que la oferta se encontraría en su página web. Luego, Netline realiza una nueva solicitud de oferta de facilidades a Claro, la que entregan el 13 del mismo mes. Señala que ambas ofertas mezclarían conceptos de ofertas facilidades y de reventa sin ofertar ninguno de los dos tipos de forma íntegra. Asimismo, indica que si un OMV intentara replicar la oferta minorista de Claro utilizando para ello los precios de su oferta mayorista, obtendría un margen negativo que le impediría competir, considerando en ese cálculo la tasa de uso y el tráfico de salida.

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

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

1.10 Respecto al cálculo de los márgenes, Netline sostiene que no basta un margen levemente positivo para competir, sino que también, de acuerdo a prácticas internacionales, los márgenes entre precios minoristas y precios mayoristas deben ser del orden del 50%, ya que es necesario incluir los costos de remunerar al OMR, de publicidad, de depreciación, entre otros.

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

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

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

1.14 En lo referente a las condiciones de entrada, identifica como barreras de entrada: (i) la necesidad de contar con espectro radioeléctrico, el que sería un insumo esencial; (ii) la necesidad de realizar inversiones específicas en infraestructuras; (iii) la disponibilidad de terrenos aptos para la instalación de antenas; y (iv) los costos de cambios que deben enfrentar los consumidores tales como el bloqueo de terminales, contratos por periodos prolongados, discriminación entre precios de llamadas on-net y off-net y política de subsidio a los equipos terminales, entre otros.

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

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

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

(i) Que se proceda al cumplimiento inmediato a la Sentencia, obligando a las demandadas a ofrecer a todos los OMVs, sin discriminación, el precio más bajo ofrecido por servicios de telefonía móvil. Para tales efectos, solicita considerar la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas ofrecidos;

(ii) Que las demandadas han infringido el artículo 3 del D.L. N° 211 al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a Netline, que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV, en el caso de Entel y Telefónica; y en el estrangulamiento de márgenes a Netline, en el caso de Entel, Claro y Telefónica;

(iii) Que las demandadas se abstengan de seguir ejecutando conductas como las que se reprochan, así como cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores al mercado de la telefonía móvil;

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

(v) Que se aplique íntegramente el artículo 26 del D.L. N° 211.

2. Demanda de OPS Ingeniería Limitada

El 16 de diciembre de 2013, la sociedad OPS Ingeniería Limitada (en adelante, "OPS") interpuso una demanda en contra de Telefónica, Claro y Entel, también por haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia. Esta demanda fue ingresada bajo el Rol C N° 269-13 y se acumuló a la presente causa mediante resolución de 9 de abril de 2014, rolante a fojas 530. La demanda de OPS se funda en las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

que las ofertas constituyen en sí misma una negativa de venta por su irracionalidad económica y efectúa un análisis particular de cada oferta, conforme se da cuenta en los párrafos siguientes.

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

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

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

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

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

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

- (i) Que las demandadas han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a OPS que han consistido en negar injustificadamente la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permita operar en el mercado de telefonía móvil;

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

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

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

3. Demanda de Telecomunicaciones Max Limitada

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

3.1. Indica que es titular de una concesión de servicio público de telefonía móvil por Decreto Supremo N° 120 de julio 2009 y que su objeto principal es el desarrollo del negocio de OMV para complementar con servicios de datos y telefonía, la oferta de televisión satelital que ofrece su matriz TuVes S.A..

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

3.3. Expone que, en mayo de 2014, su matriz TuVes S.A. requirió a Telcomax solicitar ofertas de facilidades de los tres principales OMR. Las ofertas que recibió contravendrían los criterios impuestos por la Sentencia ya que no permitían el ingreso de los OMV al mercado de telefonía móvil, en condiciones competitivas, en cualquiera de las modalidades de operación de un OMV, a elección de este último.

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

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

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

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

3.8. En cuanto al eventual argumento a favor de las demandadas acerca de que existirían OMV operando en el mercado con las ofertas que reprocha, Telcomax hace una argumentación similar a OPS señalando que estos OMV tendrían una participación modesta en el mercado debido al actuar anticompetitivo de los OMR.

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

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

- (i) Que las demandadas han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y

entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a Telcomax que han consistido en negar injustificada la entrega de oferta de facilidades y/o reventa de planes para OMV que le permita operar en el mercado de telefonía móvil;

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

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

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

4. Contestaciones de Claro a las demandas de autos

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

4.1. En sus contestaciones, Claro indica que la intención de la demandas sería fijar los precios y condiciones contenidos en la oferta de facilidades de Claro e intentar acomodarlos a sus expectativas. Añade que las ofertas de Claro (i) cumplirían con los requisitos exigidos por en la Sentencia; (ii) cumplirían con los requisitos adicionales solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, la “FNE”) en el marco de la investigación 2078-12; (iii) cumpliría con los requisitos solicitados por la Subtel en el reglamento de OMV (hoy sin vigencia) y con las observaciones que ésta hizo en la investigación de la FNE; y (iv) permitirían la operación rentable de un OMV eficiente.

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

4.3. Luego, indica que, en el marco de la investigación de la FNE y dado los cambios solicitados por ésta, realizó una nueva oferta de facilidades que quedó a disposición de eventuales interesados a partir del 18 de junio de 2013, la que no fue publicada en la página web de la compañía por expresa solicitud de la FNE. Agrega que, a la fecha del emplazamiento de las demandas de Netline y OPS y antes de la presentación de la demanda de Telcomax

(en abril de 2014), Claro habría concordado una nueva oferta de facilidades con la FNE que aplicaría los precios de los nuevos cargos de acceso contenidos en el Decreto Supremo de fijación tarifaria.

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

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

4.6. Respecto a la imputación relativa a que los precios contenidos en sus ofertas le entregarían a las demandadas un margen negativo que les impediría competir con los OMR, señala que el procedimiento infraccional no sería adecuado para subsidiar empresas menos eficientes mediante la fijación de precios de acceso a facilidades. Además, indica que los precios mayoristas serían más bajos que los precios minoristas y permitirían a los OMVs obtener márgenes positivos.

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

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

4.9. Claro indica que lo que la Sentencia ordena es la presentación de una oferta de facilidades y/o de reventa de planes, siendo facultativo para el OMR elegir entre cualquiera de ellas. A su vez, respecto a cómo deben in-

interpretarse los criterios señalados en la Sentencia en relación con las ofertas, señala: (i) que la generalidad exigida de las ofertas se refiere a la amplitud de los términos de ésta y no a la generación de tratamientos especiales para cada OMV o a la inclusión de la totalidad de los planes minoristas; y (ii) que la exigencia de no discriminación requiere un tratamiento igualitario para los OMV y no la igualdad de condiciones o precios contenidos en la oferta mayorista con los de clientes minoristas.

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

4.11. En cuanto al mercado relevante involucrado en autos, Claro distingue entre un mercado aguas abajo correspondiente al de “servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional” y un mercado mayorista correspondiente al de “servicios de acceso a las facilidades de red o reventa a planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional”. Si bien la definición que entrega del mercado minorista la toma de la definición entregada por este Tribunal y por la Excelentísima Corte Suprema en el marco del proceso Rol 139-07, señala que, en términos generales, el mercado relevante cambió desde dicho proceso, ya que en la actualidad los servicios de voz han perdido importancia en relación con los servicios por transmisión de datos.

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

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

4.14. Luego Claro interpone las siguientes excepciones y defensas:

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

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

4.14.3. No se configuraría, en los hechos, un estrangulamiento de márgenes ni una discriminación de precios, lo que ya fue analizado

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

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

5. Contestaciones de Entel a las demandas de autos

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

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

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

5.3. En cuanto al mercado de las telecomunicaciones, señala que éste se caracteriza por el fenómeno de la convergencia, es decir, por la capacidad de prestar diversos servicios mediante el uso de una misma red. Expone que esto permite que la competencia ocurra entre las distintas plataformas de

red, lo que genera una alta interdependencia entre los distintos servicios de telecomunicaciones, no solo por las relaciones de sustitución o complementariedad, sino que también por los altos costos compartidos, ya que utilizan la misma infraestructura de red.

5.4. Entel indica que el fenómeno de la convergencia antes señalado afecta también la determinación de quiénes tienen dominancia en un mercado, ya que, tratándose de servicios interdependientes, la existencia de poder de mercado dependerá de la capacidad de los competidores de replicar ofertas conjuntas de otros. Así, las posiciones de los actores no pueden construirse en función de un solo segmento, sino que tiene que mirarse el mercado de las telecomunicaciones en general. Añade que el acceso móvil es el único segmento de las telecomunicaciones donde no existe un operador que cuente con una participación de mercado que le permita actuar con independencia de sus competidores o de los consumidores, o que posea un activo irreplicable.

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

5.6. Señala en sus contestaciones que sus ofertas cumplen con la Sentencia y permiten el desarrollo de un OMV eficiente, indicando que, de acuerdo a la Sentencia, los OMR tendrían flexibilidad para optar entre una oferta de facilidades o una oferta de reventa de planes, ya que en los casos que la autoridad ha exigido la entrega de ambas modalidades de oferta, así lo ha dicho expresamente. Respecto a las condiciones que establece la Sentencia respecto de las ofertas de facilidades y/o reventa, señala que éstas deben interpretarse de forma armónica, y que lo que requiere la Sentencia es que los términos y condiciones de dichas ofertas tengan una justificación económica racional, aplicable a todos los que se encuentran en una misma situación, sin establecer diferencias arbitrarias.

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

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

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

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

6. Contestaciones de Telefónica a las demandas de autos

El 22 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 811, Telefónica contestó las demandas presentadas por Netline y OPS. El 21 de abril de 2014, mediante presentación de fojas 6.335, Telefónica contestó la demanda presentada por Telcomax. En estas presentaciones Telefónica solicitó el rechazo de las demandas presentadas en todas sus partes, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación se exponen:

6.1. Indica que el mercado de la telefonía móvil se encuentra completamente abierto al ingreso de los OMV, lo que se demostraría por el ingreso exitoso de empresas como Virgin Mobile y Falabella Móvil. Agrega que la razón por la cual los demandantes no han podido competir en este mercado es la errada estrategia de negocios que han buscado implementar y la falta de eficiencia productiva. Además, ésta señala que no es cierto ni posible que Telefónica haya efectuado conductas con el objeto de excluir OMV ya que Telefónica es el operador móvil con red líder en el mercado mayorista y el que más contratos de facilidades ha suscrito con distintos OMV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.6. En lo que respecta al mercado relevante, identifica dos mercados relevantes afectados: el primero, correspondiente al "Mercado mayorista de servicios de acceso a recursos específicos o facilidades de red de los OMR y de venta mayorista de minutos de voz, mensajería e internet móvil", en donde los OMR actuarían como oferentes y los OMV como demandantes. Los servicios prestados en este mercado serían el acceso a redes públicas de comunicaciones móviles y facilidades asociadas, servicios de interconexión de origenación de tráfico de voz y datos y Roaming. Indica, también, que en este mercado existiría una intensa competencia entre Entel, Telefónica y Claro y que ninguna de ellas, individualmente consideradas, tendrían poder de mercado, por lo que los servicios proveídos por los OMR se percibirían como sustitutos cercanos por los OMV. Agrega que no existiría un actuar coordinado de las demandadas y que los incentivos económicos de cada una de ellas sería otorgar acceso a los OMV.

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

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

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

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

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

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

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

6.10.4. Que no se configurarían los presupuestos para considerar que ha existido estrangulamiento de márgenes, ya que Telefónica no tendría posición dominante en la provisión del insumo (acceso a la red) y los precios de las ofertas si permitirían a los OMV competir en el mercado minorista identificado, citando como ejemplo el caso de

Virgin Mobile. Agrega que no existe justificación alguna para que las ofertas mayoristas incluyan un subsidio a los terminales móviles, ya que este no es el negocio principal de Telefónica y no constituyen un insumo esencial.

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

6.11. Indica, a su vez, que los hechos denunciados no han afectado la libre competencia en el mercado ni han tendido a ello, puesto que ninguno de los OMR tiene poder de mercado y, desde la perspectiva de los OMV, todos los OMR se perciben como sustitutos respecto del acceso a la red. Añade que existe competencia entre los OMR para captar OMV y que existirían otros factores adicionales imputables a las demandantes que serían los causantes del hecho de que éstas no hayan ingresado al mercado en la forma esperada. En específico, indica cómo estos factores se deben a la ausencia de inversiones y a las malas decisiones de marketing adoptadas por las demandantes.

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

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

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

7. Resoluciones que reciben la causa a prueba.

7.1. A fojas 959, se recibió la causa a prueba de los roles acumulados 271-13 y 269-13 y a fojas 1.062 se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos, los siguientes: (1) Estructura, característica y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2011 y hasta la fecha de interposición de la última de las demandas; (2) Hechos y circunstancias que configurarían el incumplimiento por parte de las demandadas de su obligación de presentar ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.

Términos y oportunidad de las mismas; y (3) Efectos de las conductas denunciadas en el o los mercados concernidos.

7.2. A fojas 6.471, se recibió la causa a prueba del rol acumulado 286-14 y a fojas 6519 se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos los siguientes: (1) Estructura, características, funcionamiento y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2011 y hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 3 de octubre de 2014. En particular: (a) Facilidades y servicios requeridos por los operadores móviles virtuales para poder prestar servicios de telefonía móvil a clientes minoristas, con distinción entre aquellos que sólo pueden ser obtenidos de operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico y aquellos que pueden desarrollar independientemente o contratar de terceros; (b) Efectividad de que los operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico son sustitutos entre sí en cuanto oferentes de facilidades de red y/o reventadores de planes para operadores móviles virtuales; y, (c) Similitudes y diferencias entre los servicios que los operadores móviles a los que se les ha concesionado espectro radioeléctrico proveen a clientes finales y los provistos a operadores móviles virtuales; (2) Ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que habrían formulado Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y Claro Chile S.A. a Telecomunicaciones Max Limitada. Oportunidades y circunstancias en que dichas ofertas fueron solicitadas por Telecomunicaciones Max Limitada. Términos y condiciones de dichas ofertas de facilidades y/o reventa de planes en general y, en particular: (a) Efectividad de que las ofertas de facilidades no precisarían los elementos de red incluidos en ellas y de que sus precios no dirían relación con las facilidades y los servicios ofrecidos. Efectos en la competencia; (b) Efectividad de que las demandadas se habrían negado a formular ofertas de reventa de planes. Efectos en la competencia; (c) Efectividad de que los precios contenidos en las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales impedirían prestar competitivamente servicios de telefonía móvil a clientes minoristas. Efectos en la competencia; y, (d) Efectividad de que las siguientes condiciones comerciales de las ofertas de facilidades y/o reventa de planes de las demandadas carecerían de razonabilidad económica y serían discriminatorias: (i) cobros de cargos de acceso; (ii) escalas de descuento por volumen; (iii) obligación de respetar el volumen de tráfico proyectado; (iv) facturación mensual mínima; y, (v) ausencia de subsidios respecto de equipos terminales. Efectos en la competencia; (3) Efectividad de que las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que las demandadas habrían formulado a Telecomunicaciones Max Limitada: (i) fueron aprobadas por la Fiscalía Nacional Económica o se ajustaron a recomendaciones dadas por ella; y, (ii) permitieron el ingreso de otros operadores móviles virtuales.

8. Prueba documental rendida en autos.

8.1. Documentos acompañados por Netline:

8.1.1 A fojas 93, (i) antecedentes legales de Netline; (ii) copia de comunicaciones relativos a ofertas de facilidades señalados en su de-

manda; (iii) copia de planes de telefonía móvil de Entel, Telefónica y Claro señalados en su demanda; (iv) archivo excel con modelamiento de la oferta minorista de las demandadas, en relación a los precios mayoristas ofrecidos; (v) acuerdo de confidencialidad de Entel; (vi) ofertas de facilidades de Claro de abril de 2012 y de junio de 2013; y (vii) oferta de facilidades de Telefónica de agosto 2013.

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

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

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

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

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

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

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

8.1.9 A fojas 1.660, (i) copia de comunicaciones sostenidas con la Fiscalía Nacional Económica en el marco del cumplimiento de la Sentencia; (ii) copia de carta recibida del Concilio Nacional de Iglesias Evangélicas; (iii) copia de página web de Telecable, OMV español que presta servicios de postpago; y (iv) impresión de un blog que da cuenta que diversos OMV prestan servicios de postpago.

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

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

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

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

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

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

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

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

8.2 Documentos acompañados por OPS:

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

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

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

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

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

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

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

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

8.3. Documentos acompañados por Telcomax:

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

8.4. Documentos acompañados por Claro:

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

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

8.5. Documentos acompañados por Entel:

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

8.6. Documentos acompañados por Telefónica:

8.6.1. A fojas 1.724, (i) copia del contrato de servicio para la operación de concesionario de servicio público telefónico móvil y MOU celebrado con Blue Two S.A.; (ii) copia de acuerdos de confidencialidad suscritos con Telestar Móvil S.A., Tribe Mobile Inc.; (iii) copia del contrato de servicios para la reventa de servicios telefonía móvil bajo la modalidad de OMV celebrado con Compañía Nacional de Teléfonos, Telefonía del Sur S.A.; (iv) copia del MoU y de contrato de servicios para la reventa de servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV suscrito con Netline el 21 de febrero de 2012 y sus anexos; (v) copia de oferta comercial OMV con aspectos comerciales para un futuro acuerdo con Netline, de 8 julio 2011; (vi) copia de contrato de servicio para la reventa de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV celebrado con Tribe Mobile Chile S.A. y sus anexos; (vii) copia de ofertas de Telefónica (primera, con vigencia desde 16 de abril de 2012;

segunda, con vigencia desde el 5 de agosto de 2013; y tercera, con vigencia desde 23 de diciembre de 2013; (viii) copia del decreto de la Subtel que aprueba el reglamento sobre oferta de facilidades y reventa de planes para OMV; y (ix) copia impresa de intercambio de correos electrónicos con Netline.

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

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

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

8.7. Exhibiciones de documentos

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

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

8.7.3. A fojas 3.166, Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur (en adelante, “Telsur”), exhibió los siguientes documentos, a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) copia del contrato celebrado con Telefónica, tres anexos y una modificación del mismo; (ii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil; (iii) copias de comunicaciones intercambiadas con entre GTD Grupo Teleductos S.A. (relacionada a Telsur) y Telefónica y Entel; y (iv) ofertas mayoristas de Telefónica de julio 2013 y diciembre 2013; una oferta mayorista de Entel, sin fecha; y una oferta mayorista de Claro de abril 2012.

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

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

8.7.6. A fojas 3.369, Alfa Centauro S.A. (en adelante, "Alfa Centauro") exhibió, a solicitud de OPS de fojas 1.625, copia del informe denominado "Análisis de las Condiciones Económicas necesarias para que las Ofertas Mayoristas de Servicios para la Operación Móvil Virtual permitan el ingreso de nuevos operadores al Mercado Móvil".

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

8.7.8. A fojas 4.006 y 5.003, Entel exhibió los siguientes documentos a solicitud de Netline de fojas 1.551 y 1.563 y de OPS de fojas 1.620: (i) copias simples de comunicaciones, tres ofertas de facilidades y acuerdos de intercambio mutuo de información confidencial suscrito con RedVoiss; (ii) comunicaciones con la FNE relativas a las ofertas de facilidades, las que incluyen una copia de las ofertas públicas de reventa mayorista de servicios de telefonía móvil de mayo 2012, enero 2013 y septiembre 2013; (iii) copia del contrato suscrito con Falabella Móvil y facturas y notas de crédito que dicen relación con el mismo; (iv) copia simple de comunicaciones enviadas al representante de Telestar Móvil S.A., en la que se adjuntan las ofertas mayoristas respectivas; (v) copia del contrato marco de Roaming Nacional suscritos con Centennial Cayman Corp. Chile S.A. (Nextel Chile) y sus anexos; de un contrato de confidencialidad y no revelación suscrito con esa misma parte y facturas electrónicas asociadas; (vi) copias de las ofertas públicas mayoristas y sus anexos; (vii) copia del acuerdo de intercambio mutuo de información confidencial, suscrito con OPS; (viii) listado con los veinte mayores clientes en facturación y los veinte clientes con mayor tráfico, junto a datos de facturación e ingresos de cada uno de ellos y contratos suscritos con algunos de ellos; y (ix) planes postpago ofrecidos a personas y empresas durante años 2012 y 2013.

8.7.9. A fojas 4.166 (complementada a fojas 4.466) y 4.960 Telefónica exhibió los siguientes documentos a solicitud de Netline de fojas 1.551 y 1.563 y de OPS de fojas 1.620: i) copias simples de comunica-

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

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

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

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

8.7.13. A fojas 4.892 y 5.110, Falabella Móvil S.p.A. (en adelante “Falabella Móvil”) exhibió los siguientes documentos a solicitud de

OPS de fojas 1.586: (i) contrato de prestación de servicios a OMV suscrito con Entel; (ii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil y copia del decreto que lo modifica; y (iii) comunicaciones con las demandadas Claro y Entel.

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

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

8.7.16. A fojas 5.374, Nómade Telecomunicaciones S.A. (en adelante, "Nómade") exhibió los siguientes documentos a solicitud de OPS de fojas 1.586: (i) contrato prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito con Telefónica; (ii) convenio de interconexión suscrito con Claro; (iii) copia del decreto de otorgamiento de la concesión de servicio público de telefonía móvil y sus modificaciones; y (iv) comunicaciones sostenidas con representantes de las demandadas.

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

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

8.7.19. A fojas 6.897, Cencosud S.A. (en adelante, "Cencosud") exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.566, los que acompañó al proceso a fojas 6.886: (i) contrato pres-

tación de servicios de telefonía móvil entre Johnson's S.A. y Claro; (ii) convenio outsourcing de telecomunicaciones suscrito con Claro y su modificación; (iii) contrato y addendum de prestación de servicio de telecomunicaciones renovación de servicios suscrito con Claro; (iv) contrato de arrendamiento de facilidades para servicios de instalaciones de telecomunicaciones suscrito entre comercializadora Costanera Center S.p.A. y Costanera Center S.A. con Entel; (v) acuerdos comerciales suscritos con Entel; (vi) contrato de prestación de servicios suscrito con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. y sus modificaciones; y (vii) contrato de prestación de servicios suscrito con Telefónica junto con sus anexos.

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

8.7.21. A fojas 6.928, Empresas Tattersall S.A. ("Tattersall") exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.554: (i) contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.; y (ii) documento que contiene las condiciones comerciales vigentes con Entel.

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

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

8.7.24. A fojas 7.469, Claro exhibió los siguientes documentos a solicitud de Telcomax de fojas 6.552: (i) estados financieros años 2011 a 2014; (ii) facturas emitidas por Claro a sus proveedores de equipos terminales; (iii) comunicaciones y antecedentes en que se da cuen-

ta de sus ofertas de facilidades enviadas el año 2014 (respecto a los demás años hace referencia a documentos exhibidos a fojas 4.275 y fojas 4.969); (iv) comunicaciones y documentos enviados a la FNE en el marco de la investigación sobre el cumplimiento de la Sentencia, indicando que éstos se encuentran en exhibición de fojas 4.275; y (v) respecto de documentos en los que la FNE aprueba sus ofertas, hace referencia a expediente de investigación exhibido a fojas 4.161.

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

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

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

9. Prueba testimonial rendida en autos

9.1. Prueba testimonial rendida por Netline:

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

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

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

9.2. Prueba testimonial rendida por OPS:

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

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

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

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

9.3. Prueba testimonial rendida por Telcomax:

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

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

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

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

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

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

9.4. Prueba testimonial rendida por Claro:

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

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

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

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

9.5. Prueba testimonial rendida por Entel:

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

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

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

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

9.6. Prueba testimonial rendida por Telefónica:

9.6.1. A fojas 1.984 y 7.867, don Manuel Moisés Sepúlveda Mora-

les (transcripciones a fojas 2.102 y 7.873).

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

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

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

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

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

10. Prueba confesional en autos

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

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

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

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

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

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

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

11. Informes presentados en autos

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

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

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

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

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

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

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

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

12. Oficios y otros

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

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

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

13. Observaciones a la prueba

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

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

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

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

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

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

14. Resolución que trae los autos en relación.

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

Y CONSIDERANDO:

En cuanto a los incidentes pendientes de resolver:

Primero:

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

Segundo:

Que en forma previa a analizar las respuestas del absolvente, se debe tener presente que el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil establece una sanción al litigante que no comparece al segundo llamado, se niega a declarar o da respuestas evasivas. Dicha sanción es tenerlo por confeso de los hechos afirmados en el respectivo pliego de posiciones. Sin embargo, la valoración de esa confesión no se rige en esta sede por lo dispuesto en el artículo 400 del mismo Código, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del D.L. N°211, este Tribunal debe apreciar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica;

Tercero:

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

En cuanto al fondo:

Cuarto:

Que, como se ha señalado, los demandantes imputan a Claro, Entel y Telefónica la ejecución de uno o más actos que impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil. En particular, las tres demandantes solicitan en el peticitorio de sus demandas que este Tribunal declare que las demanda-

das han infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al ejecutar prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada consistentes en que (i) las demandadas habrían estrangulado los márgenes de las demandantes, al ofertar al operador móvil virtual precios mayoristas que serían superiores a aquellos ofrecidos por las demandadas a sus clientes minoristas; y, (ii) las demandadas habrían negado injustificadamente la entrega de una oferta de facilidades o de reventa de planes en los términos establecidos en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011 o Sentencia. Respecto de la acusación de negativa de venta, Netline imputa la comisión de esta conducta sólo a Entel y Telefónica;

Quinto:

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

Sexto:

Que a su vez, las tres demandantes imputan a las demandadas que sus ofertas de facilidades y/o reventa habrían discriminado arbitrariamente a los OMV en relación a sus precios y otras condiciones comerciales que ofrecerían a sus clientes minoristas. En este sentido solicitan que se ordene a las demandadas a presentar ofertas de facilidades y/o reventa que cumplan con lo ordenado por la Sentencia.

Séptimo:

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

Octavo:

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

Noveno:

Que Telefónica, al contestar las demandas, también solicita el rechazo de todas ellas, indicando que sus ofertas cumplirían con todos los requisitos impuestos en la Sentencia y que en los hechos no se configurarían los requisitos establecidos por la doctrina o jurisprudencia respecto de las otras conductas que se denuncian. Además, opone las siguientes excepciones de forma: (i) incompetencia absoluta de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; (ii) cosa juzgada, respecto de las demandas de Netline y OPS, por cuanto las conductas denunciadas serían las mismas que aquellas que dieron origen a la Sentencia; e (iii) improcedencia de las acciones entabladas por las demandantes, en el sentido que éstas no deben ser conocidas en un proceso declarativo sino en un procedimiento de ejecución de la obligación impuesta en la Sentencia. A su vez, y de forma subsidiaria a sus alegaciones y excepciones antes mencionadas, opone excepción de prescripción de la acción de cumplimiento deducida por las demandantes;

Décimo:

Que del análisis de las demandas y contestaciones de autos, es posible deducir que todas las infracciones anticompetitivas que se demandan - la negativa de venta, el estrangulamiento de márgenes y la discriminación anticompetitiva- tienen su origen en la acusación de que las demandadas no habrían dado cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia. En efecto, Netline solicita en la primera página de su demanda que este Tribunal "declare que éstas [las demandadas] han incumplido la sentencia de 23 de diciembre de 2011 y han infringido el artículo 3 del DL 211 [...] creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que consisten en la negativa de entrega de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Excm. Corte Suprema [...] y la discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento o pisamiento de márgenes, al, entre otras conductas, ofertar y entregar a mi representada precios mayoristas superiores a los precios minoristas ofrecidos por las mismas a sus propios clientes..." (fs. 93). A su vez, tanto OPS como Telcomax indican en sus demandas que "las demandadas no han cumplido con lo ordenado por el máximo Tribunal del país ya que [...] éstas han retardado injustificadamente su respuesta o han presentado ofertas que hasta la fecha no se ajustan a los criterios de racionalidad económica exigidos por la Excm. Corte Suprema, impidiendo de ese modo la entrada al mercado de la telefonía móvil" (fs. 531 y 6.067 respectivamente);

Undécimo:

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

Duodécimo:

Que en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en el incumplimiento imputado y si éste constituye una infracción a la libre competencia, serán resueltas la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Claro; la excepción de cosa juzgada opuesta por Telefónica contra las demandas de Netline y OPS; las excepciones

de incompetencia y de improcedencia de la acción opuestas por Telefónica contra las tres demandantes; y las excepciones de prescripción opuestas por Entel y Telefónica;

Decimotercero:

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

Decimocuarto:

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

Decimoquinto:

Que de acuerdo con lo establecido en la Sentencia No 147/2015, el incumplimiento de medidas establecidas en sede de libre competencia constituye una infracción respecto de la cual procede la acción regulada al efecto en el artículo 18 N°1 D.L. N° 211;

Decimosexto:

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

Decimoséptimo:

Que las tres demandantes de autos tienen concesiones de servicio de telefonía móvil entregadas por la autoridad sectorial para operar como OMV, por lo que tienen un interés legítimo y, en consecuencia, se encuentran legitimadas activamente para demandar a las demandadas por los hechos señalados en las respectivas demandas;

Decimooctavo:

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

Decimonoveno:

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

Vigésimo:

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

Vigésimo primero:

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

Vigésimo segundo:

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

Vigésimo tercero:

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

Vigésimo cuarto:

Que en relación con las excepciones de prescripción opuestas por Telefónica a fojas 811 y 6.335, y por Entel a fojas 6.312, se debe tener presente que la Sentencia impuso a las demandadas una medida de las que señala el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 consistente en la obligación de "presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios";

Vigésimo quinto:

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

Vigésimo sexto:

Que, en consecuencia, para que opere la prescripción de esta medida es necesario que haya transcurrido dicho plazo y que la prescripción no haya sido inte-

rumplida natural o civilmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2518 del Código Civil;

Vigésimo séptimo:

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

Vigésimo octavo:

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

Vigésimo noveno:

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

Trigésimo:

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

Trigésimo primero:

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

Trigésimo segundo:

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

Trigésimo tercero:

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

Trigésimo cuarto:

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

Trigésimo quinto:

Que, como se ha señalado en las consideraciones décima y undécima, las demandantes imputan a las demandadas haber incumplido la medida establecida en la Sentencia, por cuanto las ofertas presentadas por Telefónica, Entel y Claro a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema en la Sentencia, al ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Trigésimo sexto:

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

Trigésimo séptimo:

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

la celebración de un contrato de facilidades. Agrega que dicha negativa produjo el efecto de evitar el ingreso al mercado por parte de los OMV (considerandos séptimo y décimo). En virtud de lo anterior, la Excm. Corte Suprema sancionó a cada una de las requeridas con una multa de 3.000 UTA y les ordenó presentar, dentro de noventa días, “una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios”;

Trigésimo octavo:

Que el 21 de abril de 2012, Entel solicitó a este Tribunal que tuviera presente el cumplimiento de lo ordenado en la misma, para lo cual acompañó una copia de su oferta al procedimiento Rol 139-07. Posteriormente, los días 27 de abril de 2012 y 4 de mayo de 2012, Telefónica y Claro también acompañaron a dicho proceso copias de sus ofertas. Por último, la FNE acompañó un informe en esos autos, en el que analizó las ofertas presentadas y se pronunció sobre los requisitos que debían cumplir las ofertas mayoristas que debían presentar las demandadas de autos;

Trigésimo noveno:

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

Cuadragésimo:

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

Cuadragésimo primero:

Que Claro presentó ofertas en abril de 2012, en junio de 2013 y en abril de 2014. La oferta de junio de 2013 disminuyó el cargo por habilitación de servicios y el precio cobrado por minuto de voz, SMS, y transferencia de datos respecto de la de abril de 2012. La oferta de abril de 2014 considera un ajuste por las modificaciones a los cargos de acceso determinadas por el decreto tarifario y los servicios de transmisión de datos en tecnología LTE;

Cuadragésimo segundo:

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

Cuadragésimo tercero:

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

a fojas 6.850, consta en el expediente que Telefónica mejoró las condiciones de esta última oferta;

Cuadragésimo cuarto:

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

Cuadragésimo quinto:

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

Cuadragésimo sexto:

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

Cuadragésimo séptimo:

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

Cuadragésimo octavo:

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

Cuadragésimo noveno:

Que para determinar las características que deben cumplir las ofertas mayoristas que debían realizar las demandadas, se debe tener en consideración el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema al momento de establecer la medida, que fue fomentar la competencia en el mercado de la telefonía móvil, permitiendo que los destinatarios de las ofertas mayoristas -los OMV- puedan entrar al mercado mi-

norista. Por esto, a continuación se analiza la industria en la que se desarrollan los OMV y en la que incide el incumplimiento denunciado en autos;

Quincuagésimo:

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

Quincuagésimo primero:

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

Quincuagésimo segundo:

Que Claro, en su contestación, señala que la controversia materia de autos involucra dos mercados, uno definido del mismo modo que el descrito en la consideración quincuagésima y otro que describe como el de “los servicios de acceso a las facilidades de red o reventa a planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional”. Además, controvierte la necesidad de incluir un mercado para los terminales de telefonía móvil, por considerar que ninguno de los hechos imputados en las demandas lo involucran, agregando que dicho mercado sería altamente competitivo;

Quincuagésimo tercero:

Que Telefónica, por su parte, contesta las demandas de Netline y OPS señalando que los mercados en que participan las partes de autos serían uno mayorista, “de servicios de acceso a recursos específicos o facilidades de red de los OMV y de venta mayorista de minutos de voz, mensajería e internet móvil”, y otro minorista, en que se provee de servicios de telefonía móvil a clientes finales de todo tipo. Del mismo modo, divide este último mercado en diversos submercados, dependiendo del tipo de contrato (prepago o postpago) o el tipo de cliente (personas naturales o empresas);

Quincuagésimo cuarto:

Que, por último, Entel contesta las demandas de autos indicando que el mercado afectado es el de las telecomunicaciones, pero centrando su análisis de dominancia en lo que llama el “segmento móvil de las telecomunicaciones”, que es, en esencia, el mismo mercado que ha definido este Tribunal en la Resolución No 2/2005 y en la Sentencia N° 104/2010, antes citadas;

Quincuagésimo quinto:

Que en consecuencia, atendido que lo demandado es el incumplimiento de la Sentencia, que impediría a las demandantes el ingreso a la industria como proveedores

de servicios móviles, debe acotarse el mercado al de las comunicaciones móviles, sin considerar los servicios de telecomunicaciones provistos por redes fijas, en concordancia con lo señalado por todas las partes en este procedimiento y con lo establecido por este Tribunal;

Quincuagésimo sexto:

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

Quincuagésimo séptimo:

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

Quincuagésimo octavo:

Que en cuanto al mercado minorista, si bien Telefónica señala que éste puede diferenciarse entre los segmentos de empresas y personas naturales (fojas 836), no existe evidencia en este proceso que permita concluir que se trata de mercados distintos. Más aún, no concierne a la disputa de autos la diferenciación entre sub-mercados o segmentos del mercado minorista, toda vez que las ofertas mayoristas efectuadas por las demandadas deben cumplir con el estándar de permitir a los OMV ingresar al mercado minorista en términos generales, y no necesariamente asegurar la rentabilidad en segmentos específicos del mismo. En este sentido el informe de archivo de la FNE también entiende que la obligación impuesta por la Sentencia es "permitir el ingreso a la generalidad del mercado" (Informe de archivo de la investigación N°2078-12 acompañada a fojas 4.692). Por lo tanto, este Tribunal considerará que el mercado minorista no puede ser diferenciado por tipos de cliente, como ha sido planteado por Telefónica a fojas 836;

Quincuagésimo noveno:

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

Sexagésimo:

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

Sexagésimo primero:

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

Sexagésimo segundo:

Que en cuanto al mercado minorista, las demandantes señalan que los eventuales comportamientos estratégicos de las demandadas para intentar impedir el acceso de nuevos participantes al mercado serían barreras a la entrada al mercado. Sin embargo, reconocen que esta no es una condición estructural del mercado, sino una acusación sobre una práctica anticompetitiva -la imposición de barreras estratégicas a la entrada-. Por este motivo, no se analizará tal acusación en esta sección descriptiva, sino en las consideraciones que analizan el eventual incumplimiento de la Sentencia;

Sexagésimo tercero:

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

Sexagésimo cuarto:

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

Sexagésimo quinto:

Que respecto de la necesidad de contar con espectro radioeléctrico en el mercado minorista, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia reciente (sentencias Nos 153/16 y 154/16) que, si bien éste es un insumo indispensable para dar el servi-

cio de telefonía móvil y así participar del mercado minorista, no es necesario ser propietario del mismo y adjudicárselo a través de las licitaciones efectuadas por la Subtel, pues existe la posibilidad de contratarlo a los OMR, conjuntamente con los elementos esenciales de la red desplegada, operando como OMV. De este modo, la titularidad o adjudicación de concesiones de espectro radioeléctrico no se puede considerar como una barrera a la entrada al mercado minorista;

Sexagésimo sexto:

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

Cuadro N°1:

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

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

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

Sexagésimo séptimo:

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

Sexagésimo octavo:

Que, de acuerdo con los contratos acompañados en autos (fojas 1.724, 3.147, 3.166, 3.428, 4.829, 4.895, 5.374, 6.895, 8.186), en el mercado mayorista se establecen cláusulas de vigencia mínima y pagos o condiciones en caso de salida anticipada, con el fin de proteger las inversiones realizadas por los OMR para permitir a un OMV operar sobre su red. Por ejemplo, el contrato de prestación de servicios para Operador Móvil Virtual suscrito entre Entel y Falabella Móvil, exhibido en audiencia de 13 de noviembre de 2014, tiene una duración mínima de 3 años y 6 meses de acuerdo con lo estipulado en la cláusula IV.7. A su vez, en esa misma cláusula se establece una evaluación

anticipada de los perjuicios que a Entel pueda ocasionarle el término anticipado del contrato por parte de Falabella, por causales no expresamente reguladas;

Sexagésimo noveno:

Que, por otra parte, en el mercado minorista los costos de cambio han disminuido en los últimos años por: (i) la entrada en vigencia de la portabilidad numérica; (ii) la eliminación de la diferenciación por red de destino; (iii) la estandarización de la numeración; y (iv) los menores cargos de acceso. Sin perjuicio de lo anterior, todavía existen algunos costos de cambio en este mercado, como por ejemplo la imposibilidad de los usuarios de cambiarse más de una vez de compañía móvil dentro de 60 días y aquellos asociados a los contratos de una duración determinada o el arriendo de terminales móviles por un plazo fijo;

Septuagésimo:

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

Septuagésimo primero:

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

Septuagésimo segundo:

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

Septuagésimo tercero:

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

Septuagésimo cuarto:

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

Septuagésimo quinto:

Que la Sentencia no define los conceptos de uniformidad, objetividad, generalidad y no discriminación utilizados para caracterizar las ofertas mayoristas a las que obliga. Es por ello que corresponde a este Tribunal analizar y precisar dichos conceptos en relación con la libre competencia, considerando el objetivo buscado por la Excm. Corte Suprema al utilizar dichos conceptos;

Septuagésimo sexto:

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

Septuagésimo séptimo:

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

Septuagésimo octavo:

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

Septuagésimo noveno:

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

Octogésimo:

Que es posible identificar dos tipos de negativa de venta acusadas en autos. Por una parte, Netline acusa a Entel de una negativa de venta unilateral directa porque esta

empresa habría condicionado la entrega de su oferta de facilidades a la firma de un acuerdo de confidencialidad. Por otra parte, OPS y Telcomax acusan a cada una de las demandadas de incurrir en negativas de venta unilateral indirectas fundadas en un retardo injustificado en la entrega de una oferta mayorista. Por último las tres demandantes imputan a las tres demandadas -con excepción de Netline a Claro- una negativa de venta unilateral fundada en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Sentencia al realizar ofertas discriminatorias y estrangular márgenes;

Octogésimo primero:

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

Octogésimo segundo:

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

Octogésimo tercero:

Que consta también de diversa prueba acompañada en autos (por ejemplo documentos acompañados a fojas 1.724, 2.317, 2.380, 2.421 y 8185 entre otros) que la solicitud de un acuerdo de confidencialidad previo a la entrega de ofertas de facilidades era una práctica usual de los OMR, exigida a todo aquel que quiera acceder a dichas ofertas. A mayor abundamiento, Netline ya había suscrito un acuerdo de confidencialidad con Entel, de acuerdo con lo señalado por ésta en su demanda y el documento que se encuentra acompañado a fojas 93;

Octogésimo cuarto:

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

Octogésimo quinto:

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

Octogésimo sexto:

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

Octogésimo séptimo:

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

Octogésimo octavo:

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

Octogésimo noveno:

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

Nonagésimo:

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

Nonagésimo primero:

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

Nonagésimo segundo:

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

Nonagésimo tercero:

Que, como se señaló en la Sentencia N° 151/2015, el estrangulamiento de márgenes requiere, para su procedencia, del cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) el proveedor de un insumo debe estar integrado verticalmente; (ii) el insumo de que se trata debe ser en algún sentido esencial para la competencia aguas abajo; (iii) los precios de la firma dominante integrada verticalmente deben hacer que las actividades de un rival eficiente no sean rentables; (iv) que no exista una justificación objetiva para la estrategia de precios de la firma dominante integrada verticalmente; y (v) que se prueben los efectos anticompetitivos de la conducta (R. O'Donoghue y J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2ª ed., 2013, p. 372);

Nonagésimo cuarto:

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

Nonagésimo quinto:

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

Nonagésimo sexto:

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

Nonagésimo séptimo:

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

Nonagésimo octavo:

Que la utilización del Test CIE obedece a que éste permite determinar si los precios de la oferta mayorista fueron establecidos por el OMR con la finalidad de excluir a un competidor tan eficiente como él mismo o si dichos precios le permitirían establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades. Este análisis es económicamente razonable dado que, en ausencia de colusión o traspaso de información sensible de costos, los costos del OMR representan su mejor estimación de los costos de sus competidores, y además es concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el ingreso de nuevos competidores por el solo hecho de incrementar el número de participantes en el mercado;

Nonagésimo noveno:

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

Centésimo:

Que, con todo, antes de analizar si las ofertas permitían o no el ingreso de un competidor igualmente eficiente en el mercado minorista, se debe determinar cuáles

son las ofertas que deben ser consideradas para realizar este estudio. Para estos efectos, sin perjuicio de que las demandantes cuestionan varias ofertas realizadas por las demandadas, se analizarán solo las últimas entregadas a ellas antes de la presentación de sus demandas, pues eran las vigentes a ese momento. Estas ofertas corresponden a: (i) en el caso de Netline, las ofertas de Claro de junio de 2013 y de Telefónica de julio de 2013; (ii) en el caso de OPS, las ofertas de Claro de junio de 2013, de Telefónica de agosto de 2013 y de Entel de enero y de diciembre de 2013; y (iii) en el caso de Telcomax, las ofertas de Claro de abril de 2014, de Telefónica de enero de 2014 y de Entel de junio de 2014;

Centésimo primero:

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

Centésimo segundo:

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

Centésimo tercero:

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

Centésimo cuarto:

Que el informe acompañado a fojas 6974 por Telcomax presenta falencias similares a las encontradas en el informe analizado en las consideraciones previas, toda vez que basa su análisis en la comparación directa de planes particulares elegidos –en

palabras de su autor en su declaración en esta sede- "absolutamente al azar [...] buscando planes que son los que más o menos le interesaban a Telcomax comercializar" (fs. 7917). Así, el informe no considera flujos de caja en el tiempo, la evolución de la demanda por planes de la empresa, ni la estructura de costos del OMV. Tal análisis se contradice con aquel que el propio autor, en su declaración testimonial, señaló como adecuado para determinar si una compañía tiene utilidad, al indicar que "para ver si la compañía tiene utilidad, hay que verlo en un flujo de caja en el tiempo", agregando luego que "ese análisis no está en el informe nuestro" (fs. 7944), por lo que a juicio de este Tribunal no puede ser considerado como prueba de estrangulamiento de márgenes;

Centésimo quinto:

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

Centésimo sexto:

Que, sin embargo, la oferta de facilidades considerada por el informante no es la correcta para este caso, pues los precios por minuto de voz y por megabyte de datos utilizados para la modelación no se corresponden con los presentados por Telefónica a Netline en su oferta de julio de 2013 (que es la que debía haberse usado, según se ha señalado en la consideración centésima). En efecto, al considerar los precios contenidos en esta última oferta en el mismo modelo desarrollado por el informante y manteniendo las mismas estimaciones y asignaciones de costos, los márgenes son positivos para todos los casos considerados, llegando hasta el 12%, salvo en el caso de prepago para el año 2013, en cuyo caso se obtiene un margen negativo de 4%. De este modo, considerando la oferta de facilidades correcta, un OMV igualmente eficiente podría ingresar con márgenes positivos a los segmentos que el informante define como "contrato" y sus subsegmentos "comercial" y "residencial", así como a la generalidad del mercado de telefonía móvil, por lo que no puede establecerse que hubiera existido estrangulamiento de márgenes por parte de Telefónica. Por su parte, en lo que respecta al retorno mínimo de 9,2% que establece el informe, no existe información en éste que respalde dicha cifra, aunque ésta corresponde a la tasa de descuento utilizada por la Subtel en su último proceso tarifario, como indica el informe acompañado a fojas 4890 (específicamente, a fojas 4852). Sin embargo, incluso de ser utilizarse el 9,2%, existen segmentos en los que el retorno es superior. Por último, en relación a las otras dos demandadas, el informe no realiza estimaciones, por lo que tampoco puede acreditarse el incumplimiento de la Sentencia por haber estrangulado márgenes en sus respectivos casos;

Centésimo séptimo:

Que, en conclusión, la prueba acompañada por las demandantes no cumple con los

requisitos mínimos para establecer la existencia de estrangulamiento de márgenes, pues no presenta una estimación de la factibilidad económica de un modelo de negocios dadas las ofertas de facilidades efectuadas por las demandadas;

Centésimo octavo:

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

Centésimo noveno:

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

Cuadro N° 2:
Resultados del análisis del VAN de la segunda oferta de Telefónica para un OMV
de la escala de Virgin que se centra en prepago, considerando los cargos de
acceso vigentes en diciembre de 2013.

Conceptos	Todos los planes	Intensivo Nro frecuente	No Intensivo Nro frecuente	Vigencia desde 2012	Vigencia desde 2013	Vigencia desde Dic 2013
TOTAL DE INGRESOS (SIN IVA)	128.747.542,9	170.659.821,3	120.485.445,0	128.583.114,7	127.798.552,8	118.132.755,6
Ingresos por recarga	111.839.692,1	150.444.947,1	104.229.488,3	111.704.042,5	111.219.307,9	102.542.018,1
Ingresos por cargos de acceso de voz	16.328.965,7	19.537.325,7	15.696.520,5	16.297.515,0	15.996.201,9	14.941.685,1
Ingresos por cargos de acceso de SMS	368.134,6	466.797,9	348.685,6	370.806,7	372.292,4	438.301,8
Ingresos por venta de SIM	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6
COSTOS INICIALES DEL NEGOCIO	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3
Set up MVNO	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8
Set up MVNE	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5
Set up GRE	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1
COSTOS INICIALES POR CLIENTE	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
Costo tarjetas SIM	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
Comisiones por altas	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
COSTOS FIJOS MENSUALES	31.335.737,6	32.745.789,8	31.057.775,8	31.330.783,0	31.313.078,1	30.996.141,2
Arriendo de oficinas	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6
Salarios	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8
Publicidad	10.756.668,0	12.166.720,2	10.478.706,3	10.751.713,4	10.734.008,6	10.417.071,6
OPEX técnico	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2
COSTOS VARIABLES (POR FACTURACIÓN O NÚMERO DE CLIENTES)	24.223.430,2	28.161.166,2	23.447.189,4	24.209.593,9	24.160.151,0	23.275.067,4
Comisión por recarga	8.947.175,4	12.035.595,8	8.338.359,1	8.936.323,4	8.897.544,6	8.203.361,4
Royalty	2.460.473,2	3.309.788,8	2.293.048,7	2.457.488,9	2.446.824,8	2.255.924,4
Atención de clientes	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
OPEX MVNE + Transmisión	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6
Call Center	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
COSTOS ASOCIADOS AL TRÁFICO Y/U OFERTA DE MOVISTAR	55.393.039,3	103.723.066,2	45.822.666,9	55.809.953,5	56.302.637,6	52.348.390,2
Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off net	9.841.946,9	9.930.767,9	9.824.453,0	9.915.388,6	9.904.838,8	12.673.841,4
Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off net	255.711,3	316.348,4	243.758,3	257.536,2	257.943,9	309.828,3
Costo facturado por Movistar	45.295.381,2	93.475.949,9	35.754.455,5	45.637.028,8	46.139.854,9	39.364.720,5
Diferencia entre Ingresos y Costos	17.439.550	5.674.014	19.802.028	16.876.999	15.666.901	11.157.371

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

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 33.

Centésimo décimo:

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

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

Conceptos	Todos los planes (1)	Intensivo Nro frecuente (2)	No Intensivo Nro recuente (3)	Vigencia desde 2012 (4)	Vigencia desde 2013 (5)	Vigencia desde Dic 2013 (6)
TOTAL DE INGRESOS (SIN IVA)	114.947.471,0	154.148.273,4	107.219.870,5	114.809.622,8	114.279.709,0	105.505.113,9
Ingresos por recarga	111.839.692,1	150.444.947,1	104.229.488,3	111.704.042,5	111.219.307,9	102.542.018,1
Ingresos por cargos de acceso de voz	2.528.893,9	3.025.777,9	2.430.946,0	2.524.023,0	2.477.358,2	2.314.043,4
Ingresos por cargos de acceso de SMS	368.134,6	466.797,9	348.685,6	370.806,7	372.292,4	438.301,8
Ingresos por venta de SIM	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6	210.750,6
COSTOS INICIALES DEL NEGOCIO	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3	222.990,3
Set up MVNO	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8	58.153,8
Set up MVNE	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5	23.261,5
Set up GRE	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1	141.575,1
COSTOS INICIALES POR CLIENTE	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
Costo tarjetas SIM	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0	132.795,0
Comisiones por altas	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
COSTOS FIJOS MENSUALES	31.335.737,6	32.745.789,8	31.057.775,8	31.330.783,0	31.313.078,1	30.996.141,2
Arriendo de oficinas	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6	876.142,6
Salarios	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8	19.567.719,8
Publicidad	10.756.668,0	12.166.720,2	10.478.706,3	10.751.713,4	10.734.008,6	10.417.071,6
OPEX técnico	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2	135.207,2
COSTOS VARIABLES (POR FACTURACIÓN O NÚMERO DE CLIENTES)	24.223.430,2	28.161.166,2	23.447.189,4	24.209.593,9	24.160.151,0	23.275.067,4
Comisión por recarga	8.947.175,4	12.035.595,8	8.338.359,1	8.936.323,4	8.897.544,6	8.203.361,4
Royalty	2.460.473,2	3.309.788,8	2.293.048,7	2.457.488,9	2.446.824,8	2.255.924,4
Atención de clientes	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
OPEX MVNE + Transmisión	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6	12.815.781,6
Call Center	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
COSTOS ASOCIADOS AL TRÁFICO Y/O OFERTA DE MOVISTAR	40.086.570,9	85.077.216,6	31.173.274,4	40.415.400,6	40.923.263,7	34.643.714,4
Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off net	1.524.238,5	1.537.994,4	1.521.529,2	1.535.612,6	1.533.978,7	1.962.818,7
Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off net	255.711,3	316.348,4	243.758,3	257.536,2	257.943,9	309.828,3
Costo facturado por Movistar	38.306.621,1	83.222.873,9	29.407.986,9	38.622.251,9	39.131.341,0	32.371.067,3
Diferencia entre Ingresos y Costos	18.945.947	7.808.315	21.185.845	18.498.060	17.527.431	16.234.406

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

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, tabla 15.

Centésimo undécimo:

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

Centésimo duodécimo:

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

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

Conceptos	Todos los Planes			Contrato Puro			Híbrido		
	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio
TOTAL DE INGRESOS (SIN IVA)	17.977	17.694	17.788	23.299	22.942	23.061	12.026	11.824	11.891
Ingresos por cargo fijo	13.266	13.266	13.266	18.134	18.134	18.134	7.822	7.822	7.822
Ingresos por cobros adicionales de voz	2.383	2.383	2.383	2.599	2.599	2.599	2.141	2.141	2.141
Ingresos por cobros adicionales de datos	1.623	1.623	1.623	1.683	1.683	1.683	1.555	1.555	1.555
Ingresos por cargos de acceso de voz	641	358	452	806	450	568	457	255	322
Ingresos por cargos de acceso de SMS	45	45	45	57	57	57	32	32	32
Ingresos por venta de SIM	19	19	19	19	19	19	19	19	19
COSTOS INICIALES POR CLIENTE	510	510	510	510	510	510	510	510	510
Costos tarjetas SIM	12	12	12	12	12	12	12	12	12
Comisiones por altas	498	498	498	498	498	498	498	498	498
COSTOS VARIABLES (POR FACTURACIÓN O NÚMERO DE CLIENTES)	5.279	5.279	5.279	5.386	5.386	5.386	5.159	5.159	5.159
Subsidio de terminales	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114
Royalty	292	292	292	399	399	399	172	172	172
Costo de facturación	350	350	350	350	350	350	350	350	350
OPEX MVNE + Transmisión	789	789	789	789	789	789	789	789	789
Atención de clientes postpago	734	734	734	734	734	734	734	734	734
COSTOS ASOCIADOS AL TRÁFICO Y/O OFERTA DE MOVISTAR	12.216	9.183	10.623	17.458	13.039	15.133	6.354	4.870	5.578
Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off net	1.043	582	736	1.566	873	1.104	459	256	323
Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off net	47	47	47	65	65	65	27	27	27
Costo facturado por Movistar	11.126	8.554	9.840	15.827	12.101	13.964	5.868	4.587	5.227
Diferencia entre Ingresos y Costos	-27	2.722	1.377	-55	4.007	2.032	4	1.286	645

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 19.

Centésimo decimotercero:

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

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

Conceptos	Todos los Planes			Contrato Puro			Híbrido		
	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio	Primer Tramo	Ultimo Tramo	Promedio
TOTAL DE INGRESOS (SIN IVA)	17.977	17.694	17.788	23.299	22.942	23.061	12.026	11.824	11.891
Ingresos por cargo fijo	13.266	13.266	13.266	18.134	18.134	18.134	7.822	7.822	7.822
Ingresos por cobros adicionales de voz	2.383	2.383	2.383	2.599	2.599	2.599	2.141	2.141	2.141
Ingresos por cobros adicionales de datos	1.623	1.623	1.623	1.683	1.683	1.683	1.555	1.555	1.555
1.555Ingresos por cargos de acceso de voz	641	358	452	806	450	568	457	255	322
Ingresos por cargos de acceso de SMS	45	45	45	57	57	57	32	32	32
Ingresos por venta de SIM	19	19	19	19	19	19	19	19	19
COSTOS INICIALES POR CLIENTE	510	510	510	510	510	510	510	510	510
Costos tarjetas SIM	12	12	12	12	12	12	12	12	12
Comisiones por altas	498	498	498	498	498	498	498	498	498
COSTOS VARIABLES (POR FACTURACIÓN O NÚMERO DE CLIENTES)	5.279	5.279	5.279	5.386	5.386	5.386	5.159	5.159	5.159
Subsidio de terminales	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114	3.114
Royalty	292	292	292	399	399	399	172	172	172
Costo de facturación	350	350	350	350	350	350	350	350	350
OPEX MVNE + Transmisión	789	789	789	789	789	789	789	789	789
Atención de clientes postpago	734	734	734	734	734	734	734	734	734
COSTOS ASOCIADOS AL TRÁFICO-Y/O OFERTA DE MOVISTAR	14.077	10.319	12.208	20.013	14.543	17.286	7.437	5.595	6.528
Costo por cargo de acceso llamadas de salida destino off net	1.043	582	736	1.566	873	1.104	459	256	323
Costo por cargo de acceso SMS de salida destino off net	47	47	47	65	65	65	27	27	27
Costo facturado por Movistar	12.986	9.690	11.425	18.382	13.605	16.117	6.952	5.312	6.178
Diferencia entre Ingresos y Costos	-1.888	1.586	-208	-2.610	2.503	-121	-1.080	561	-306

Fuente: Informe acompañado a fojas 4890, Tabla 18.

Centésimo decimocuarto:

Que los informantes concluyen que un OMV con un desarrollo similar al de Virgin puede obtener beneficios económicos importantes en un período relativamente breve de tiempo, si es que ingresa compitiendo en el mercado de prepago, y que potencialmente puede expandirse ofreciendo planes de postpago de manera rentable una vez que alcanza una masa crítica de clientes;

Centésimo decimoquinto:

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

Centésimo decimosexto:

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

Centésimo decimoséptimo:

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

Centésimo decimoctavo:

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

Centésimo decimonoveno:

Que, de este modo, el informante concluye que la oferta de Entel permite que el negocio desarrollado por el OMV contratante sea económicamente factible, pudiendo obtener un margen acumulado por abonado positivo en un período relativamente corto de tiempo (ocho meses). Si bien este análisis no corresponde exactamente a la estimación de un VAN, los márgenes acumulados por cliente son una aproximación razonable a los resultados que se obtendría con dicho método. La única diferencia entre la metodología utilizada por el informante y un ejercicio de VAN, es que en este último se descuentan los ingresos y costos por una tasa de descuento que depende del riesgo específico del negocio. Sin embargo, si se hubieran descontado los flujos a la tasa de descuento de 9,2% real anual indicada en el informe acompañado a fojas 4890, el período de tiempo necesario para recuperar la inversión habría sido el mismo, de ocho meses;

Centésimo vigésimo:

Que, por último, a fojas 7.086 fue acompañado un informe económico por parte de Claro que analiza la factibilidad del negocio en el mercado minorista con

su oferta de facilidades de junio de 2013, considerando un test de competidor igualmente eficiente. En dicho test, el informante realiza supuestos razonables sobre los costos relevantes y los planes que debieran considerarse (planes insignia de Claro). El principal resultado de este ejercicio es presentado en el Cuadro N°6 siguiente:

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

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

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

Centésimo vigésimo primero:

Así, el informante concluye que la oferta de junio de 2013 permitiría a una empresa modelo que comercializa los principales planes de Claro obtener una rentabilidad positiva o levemente negativa en algunos casos, dependiendo de la incidencia de cada plan insignia en sus ventas totales. Más aún, cuando promedia estos datos para doce meses, no encuentra planes con rentabilidades negativas y, por lo tanto, concluye que no hubo estrangulamiento de márgenes. En el caso de Telcomax, la oferta de Claro que debiera considerarse es la de abril de 2014, es decir, una distinta a la analizada en el informe. Sin embargo, esta última oferta contiene condiciones iguales o mejores que las de junio de 2013, por lo que las conclusiones del informe son plenamente aplicables al caso de Telcomax;

Centésimo vigésimo segundo:

Que, por último, el informe de archivo de la Fiscalía (acompañado fojas 1470) realiza, entre otros, un Test CIE, concluyendo que “las últimas versiones de las propuestas mayoristas de servicios para la operación móvil virtual, allegadas por Claro, Entel y TMCH a esta investigación, permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado” (página 13). Si bien para los casos de Netline y OPS la oferta que debía considerarse no era la última recibida, sino las señaladas en la consideración centésima, los resultados presentados por la Fiscalía en las Tablas N° 2 y N° 5 de su informe no varían, en lo esencial, al considerar una u otra oferta;

Centésimo vigésimo tercero:

Que, en conclusión, del análisis de los informes acompañados en estos autos se puede establecer que las ofertas efectuadas antes de la interposición de las demandas de OPS y Netline, por una parte, y de Telcomax, por otra, permitían el acceso de OMV a la generalidad del mercado de la telefonía móvil con un margen suficiente como para mantenerse en el mercado. Así, no es posible configurar la existencia de un estrangulamiento de márgenes por parte de los OMR demandados a las OMV demandantes y, por lo tanto, no se verificó un incumplimiento de las condiciones impuestas en la Sentencia;

Centésimo vigésimo cuarto:

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

Centésimo vigésimo quinto:

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

Centésimo vigésimo sexto:

Que respecto a una eventual discriminación con clientes minoristas, Netline señala que "al disponer cada demandada de Ofertas Minoristas con precios más bajos que la respectiva Oferta Mayorista [...] se está discriminando a los OMV respecto de los clientes más favorecidos" y que "[d]e la revisión de las ofertas minoristas de Entel PCS, Claro y Telefónica [...] y sus respectivas ofertas mayoristas de reventa o de facilidades, se advierte con plena claridad que éstas han discriminado arbitrariamente los precios respecto de los clientes minoristas" (fojas 114). OPS, por su parte, compara en diversas oportunidades las ofertas de facilidades efectuadas por las OMR demandadas con aquellas que estas últimas efectúan a sus clientes minoristas, declarando -por ejemplo- que "las demandadas no imponen ese tipo de exigencias a sus clientes minoristas" y que "no cobran cargos equivalentes a sus clientes minoristas", de modo que se desprende de la demanda que se acusa una discriminación arbitraria respecto de los clientes minoristas. Telcomax, por último, indica que "los precios mayoristas que intentan aplicarnos son excesivos, discriminatorios y estranguladores, respecto de los precios que ellas mismas aplican a sus clientes minoristas", siendo claro que la discriminación a la que se refiere es respecto de los clientes del mercado minorista;

Centésimo vigésimo séptimo:

Que las demandadas contestaron en sus respectivos escritos que "a diferencia de las OMV, que son clientes de las OMR en el mercado mayorista, los clientes empresa están en el lado de la demanda en el mercado minorista de servicios de telefonía móvil, por lo que comparar los precios ofrecidos a unos y otros resulta improcedente" (contestación de Telefónica móviles, a fojas 853); que "es evidente que la obligación de no discriminación no puede entenderse aplicable respecto de personas

que estén en una posición jurídica y económica completamente distinta, pues en tal caso es justificable e incluso exigible un trato diferente” (contestación de Entel a la demanda de, a fojas 772); que “los servicios prestados a los OMV no son comparables técnicamente a aquellos prestados a los clientes minoristas” y que “los precios y condiciones contenidos en la [oferta] son generales para todos los OMV no entregando ventajas competitivas a unos respecto de otros” (contestación de Claro, a fojas 744);

Centésimo vigésimo octavo:

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

Centésimo vigésimo noveno:

Que, en este mismo sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que los servicios prestados deben ser comparables en términos de costos para poder determinar si existió una discriminación arbitraria de precios o condiciones comerciales. Así, en su Sentencia N° 93/2010 este Tribunal señaló que “[...] no siendo directamente comparables los servicios prestados en cada uno de los casos señalados, y dado que por sus diferentes características ellos implicaban costos esperados distintos para la empresa eléctrica, no es posible establecer si efectivamente existió o no una discriminación arbitraria en el precio cobrado” (consideración cuadragésimo séptima). Del mismo modo, en su Sentencia N° 76/2008 estableció que “[...] a pesar de que el cobro es uniforme al interior de cada categoría de clientes, resulta discriminatorio entre empresas de distintos rubros o que requieren atravesos para diferentes usos o de distinto tipo, pero que imponen costos similares” (consideración quincuagésimo primera);

Centésimo trigésimo:

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

Centésimo trigésimo primero:

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

Centésimo trigésimo segundo:

Que, en cambio, sí es posible comparar, para efectos de determinar si existió una discriminación arbitraria anticompetitiva, las condiciones comerciales efectuadas

a los distintos OMV. La única imputación en este sentido fue efectuada por Netline y OPS, quienes distinguen entre los OMV light y los OMV full. De acuerdo a sus respectivas demandas, los primeros deberían acceder a todas las facilidades de la red de las demandadas para poder prestar los servicios de telefonía móvil, mientras que los segundos contarían con instalaciones para prestar dichos servicios necesitando sólo algunas de las facilidades de las demandadas, entre ellas, el acceso al espectro radioeléctrico. Así, OPS señala en el párrafo 18 de su demanda que "ha solicitado a las demandadas ofertas de facilidades para operar como OMV completo -ya que cuenta con los elementos de red requeridos, salvo el espectro radioeléctrico- [...]";

Centésimo trigésimo tercero:

Que de esta forma, las ofertas de facilidades efectuadas por los OMR podrían resultar arbitrariamente discriminatorias si considerasen el cobro de precios iguales por servicios que tienen costos distintos para los proveedores. Al respecto, OPS señaló que "es evidente que el precio de un minuto de voz, por ejemplo, ofrecido al por mayor por un [OMR], debería variar dependiendo de la cantidad de facilidades o funciones que aporte el [OMR] y de las que realice el OMV por sí mismo" (fs. 181);

Centésimo trigésimo cuarto:

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

Centésimo trigésimo quinto:

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

Centésimo trigésimo sexto:

Que la recomendación efectuada por la FNE se condice con la exigencia de generalidad de las ofertas efectuada por la Excma. Corte Suprema. En otras palabras, es posible interpretar que con dicha exigencia lo buscado es que las ofertas estén dirigidas a todos los tipos de OMV, sin perjuicio de que la negociación particular con cada uno de ellos pueda llevar a la necesidad de establecer determinadas condiciones específicas, atendida, por ejemplo, la infraestructura con la que dicho OMV cuenta;

Centésimo trigésimo séptimo:

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

Centésimo trigésimo octavo:

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

Centésimo trigésimo noveno:

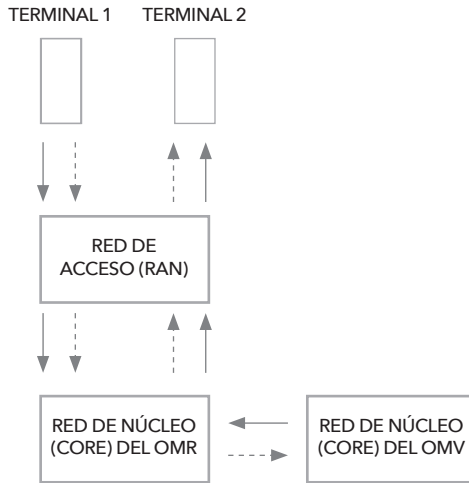
Que, al respecto, el testigo Sr. Álvaro Silva, presentado por OPS y autor del informe que rola a fojas 2.566, señaló que "cuando un abonado de un OPS, por ejemplo, llame a través de un OMR, el OMR lo que debe hacer apenas recibe esa comunicación, más que enrutarlo por su propia infraestructura, tiene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

Centésimo cuadragésimo:

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

Figura N° 1:

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



Fuente: Elaboración propia.

Centésimo cuadragésimo primero:

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

Centésimo cuadragésimo segundo:

Que, por todo lo anterior, es posible desestimar un incumplimiento de la Sentencia por la vía de negar la venta de manera indirecta, a través de la discriminación anti-competitiva;

Centésimo cuadragésimo tercero:

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

Centésimo cuadragésimo cuarto:

Que en cuanto a la acusación de que los precios debieran ser iguales al mejor pre-cio que se ofrezca en el mercado minorista, como se señaló en la consideración quincuagésimo séptima, los OMV no participan como clientes en el mercado mino-rista, por lo que, en consecuencia, no es correcto comparar los precios ofrecidos en uno y otro mercado. A diferencia de lo resuelto por este Tribunal en su Sentencia

Nº 88/2009, en cuyo caso se comparó la oferta efectuada por Movistar a clientes finales con aquella que entregó a OPS por el mismo servicio, en este caso el ámbito de la oferta a clientes finales es más amplio y no queda determinado por la tecnología. Así, debe determinarse si un modelo de negocios de una empresa igualmente eficiente que las demandadas, que utilice los precios mayoristas como insumo, es viable en el mercado minorista (lo que ya se analizó en las consideraciones nonagésimo primera a centésimo vigésimo tercera), y no si los precios son idénticos en dos mercados con costos, oferentes y demandantes distintos. Por todo lo anterior, esta alegación será desestimada;

Centésimo cuadragésimo quinto:

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

Centésimo cuadragésimo sexto:

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

Centésimo cuadragésimo séptimo:

Que, en consideración a todo lo anterior, el objetivo buscado por la Excm. Corte Suprema al disponer la medida analizada en este proceso, se ha cumplido en los hechos, toda vez que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas que dan origen a este procedimiento fueron ofrecidas por las demandadas en términos abiertos y generales; y fueron utilizadas por otros OMV en sus respectivos ingresos al mercado. En efecto, existe prueba en autos que acredita el ingreso de al menos ocho OMV al mercado de la telefonía móvil luego de suscribir los correspondientes contratos con los OMR. De acuerdo con la información estadística de la Subtel, uno de estos OMV (Telsur) ingresó al mercado antes de la dictación de la Sentencia, mientras que Virgin lo hizo antes de la fecha límite de cumplimiento

de dicha Sentencia. Del mismo modo, Netline y VTR presentaban abonados móviles a la fecha de la imposición de las demandas. Los restantes OMV ingresaron al mercado desde diciembre de 2013 a la fecha. Los siguientes contratos de acceso a facilidades de red se encuentran agregados al proceso: Blue Two S.A. (fojas 1.724), Netline (fojas 1.724), Virgin Mobile Chile S.p.A. (fojas 3.147), Compañía Nacional de Teléfonos, Telefonía del Sur S.A. (fojas 3.166), Telestar Móvil S.A. (fojas 3.428), Falabella Móvil S.p.A. (fojas 4.829 y 5.110), Nextel S.A. (fojas 4.895), Nómade Telecomunicaciones S.A. (fojas 5.374), Simple S.p.A. (fojas 6.895) y Compatel Chile Ltda. (fojas 8.186);

Centésimo cuadragésimo octavo:

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

Centésimo cuadragésimo noveno:

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

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

SE RESUELVE,

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

