

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 158/2017.

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. Demanda de Telestar Móvil S.A. A fojas 39, el 11 de noviembre de 2014, Telestar Móvil S.A. (“Telestar”) interpuso una demanda en contra de Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (“Entel”), Claro Chile S.A. (“Claro”) y Telefónica Móviles Chile S.A. (“Movistar”), en conjunto las “demandadas”, imputándoles el incumplimiento de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de diciembre de 2011 (“Sentencia de la Excma. Corte Suprema”) y la infracción reiterada del artículo 3° del D.L. N° 211, por haber ejecutado prácticas exclusorias en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia. Lo anterior, debido a que se habrían creado barreras artificiales de entrada, consistentes en (i) la negativa de una oferta de facilidades en los términos establecidos por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema y (ii) la discriminación arbitraria de precios con estrangulamiento de márgenes.

1.1 Telestar expone que desde el 2010 es concesionaria de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros, constituyéndose como un Operador Móvil Virtual (“OMV”). Señala que desde el 2008 ha intentado ingresar al mercado de la telefonía móvil y desarrollar su proyecto original de OMV *full*; sin embargo, indica que no ha podido materializar dicho ingreso debido a las prácticas que denuncia.

1.2 En relación con las conductas imputadas, indica que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema otorgaba un plazo de 90 días para presentar *“una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios”* (“Medida”), el que venció el 22 de abril de 2012.

1.3 Señala que para cumplir con los requisitos de generales y de no discriminación, debiera entregarse (i) una oferta de reventa en donde el Operador Móvil con Red (“OMR”) ponga a disposición del OMV la parrilla completa de productos y servicios minoristas, con un margen razonable de comercialización; y (ii) una oferta de facilidades que especifique en detalle las facilidades que ofrece y los precios unitarios para cada una de ellas, con un precio que guarde relación directa con los servicios ofrecidos y con las ofertas minoristas de las requeridas.

1.4 En ambos casos, a su juicio, los precios debieran tener relación directa con la cantidad de servicios que se contratan; sin que existan discriminaciones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precios por volúmenes contratados. Por lo anterior, considera indispensable que el precio de las ofertas mayoristas sea inferior al precio minorista, de modo que los OMV obtengan un margen razonable y económicamente sustentable.

1.5 Señala que las demandadas han incumplido el criterio de ser generales y no discriminatorios exigido en la Medida porque (i) no existe con claridad una oferta de reventa que ponga a disposición de los OMV una parrilla de planes minoristas con un margen económicamente razonable que no superen el precio que le otorgan a sus clientes más favorecidos; (ii) no existe una oferta de facilidades que tenga suficientemente desagregadas las facilidades específicas ofrecidas y los precios asociados a cada una de ellas en condiciones razonables; (iii) las ofertas de facilidades no contemplan la figura del OMV *full*; (iv) las demandadas estrangulan el margen del OMV, al disponer cada demandada de ofertas minoristas con precios más bajos que la respectiva oferta mayorista, lo que no permite cubrir los costos. Telestar explica que no basta un margen levemente positivo porque los márgenes deben ser del orden del 50% ya que el OMV debe cumplir otros costos (personal, publicidad, depreciación de instalaciones, etcétera); (v) las demandadas discriminan precios en relación a los servicios de interconexión, considerando el costo de producir un minuto en la red móvil; (vi) las demandadas discriminan arbitrariamente las condiciones que se le agregan al precio, tales como mínimos de facturación, multas por término anticipado asociado a períodos mínimos de facturación y garantías, pues éstas deberían estar asociadas a rebajas relevantes en el precio mayorista, en consistencia con el servicio ofrecido y la oferta minorista de menor precio; (vii) las demandadas otorgan subsidios en terminales minoristas, en circunstancias que los mismos subsidios deben aplicarse a los mayoristas.

1.6 En particular, indica que el 31 de mayo de 2010 solicitó a las demandadas una oferta de facilidades. Agrega que Claro nunca realizó una oferta formal desde el 2010 al 2013, respondiendo que no tenía obligación de ofrecer una oferta de facilidades y solicitando información sobre el plan de negocios. Posteriormente, señala, Claro publicó una oferta en su página web, la que (i) no dispuso de una oferta de reventa con la parrilla de planes y productos ofrecidos a los OMV para su comercialización, indicando los márgenes que otorgaba; (ii) no indicó las facilidades que ofrecía en detalle, distinguiendo por tipo de OMV; (iii) no resolvió la situación de los OMV *full* u otros modelos de negocio; y, por último, (iv) discriminó arbitrariamente al estrangular los márgenes de los OMV según el análisis de las ofertas que realizó a partir de aquéllas publicadas en su página web.

1.7 Entel, por su parte, no entregó la oferta, a pesar de haber sido requerida por Telestar, porque cambiaba de personal por lo que las negociaciones no llegaron a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ningún acuerdo, como ocurrió entre Entel y el OMV Falabella Móvil. Así, señala que Entel (i) no entregó la oferta hasta cuando ya se había firmado el acuerdo con Movistar; (ii) exigió la firma del acuerdo de confidencialidad, condicionando la entrega de la oferta; (iii) no dispuso de una oferta de reventa con la parrilla de planes y productos ofrecidos a los OMV para su comercialización, indicando los márgenes que otorga; (iv) no disponía de oferta de facilidades con detalle de las facilidades, distinguiendo por tipo de OMV; (v) discriminó arbitrariamente los precios al estrangular los márgenes de los OMV en comparación a su oferta minorista; y, por último, (vi) discriminó a los OMV al exigir condiciones como período mínimo de permanencia, mínimos de facturación, boleta de garantía que no exigía a su cliente más favorecido, entre otros.

1.8 Explica que las negativas de Entel y Claro le obligaron a negociar con Movistar. De este modo, el 2011 Movistar le envió un primer documento que contenía especificaciones, y luego de diversas negociaciones el primer borrador de contrato se suscribió en abril de 2012. Posteriormente, explica, firmó un nuevo contrato con Movistar, y con Netline como intermediario el 27 de agosto de 2013.

1.9 Acusa que Movistar también habría incurrido en una negativa de venta porque no cumplió con entregar una oferta de reventas y facilidades en los términos de lo señalado en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. En específico, formula múltiples imputaciones en lo relativo a la oferta de Movistar, arguyendo que: (i) Movistar no entregó la oferta indicando con qué persona debía discutirse el tema; (ii) la oferta no era de reventa porque no contenía una oferta de parrilla de planes con un margen razonable o indicando los márgenes que otorgaba; (iii) la oferta no era de facilidades porque no indicaba cuáles ofrecería; (iv) no resolvía la situación de los OMV *full*; (v) los precios para los clientes minoristas en algunos casos eran mejores y ellos podían poner término a su contrato en cualquier tiempo, a diferencia del OMV, que no puede cambiarse de proveedor, a pesar de que Movistar no haya implementado las facilidades para OMV; (vi) discriminó arbitrariamente por precio, al estrangular los márgenes de los OMV en relación con su oferta minorista y otros OMV o lo que otorga en materia de *roaming* nacional, sin ninguna explicación de costos que explique las diferencias de precios otorgados en el *roaming* nacional con los otorgados a *full* MVNO u OMV *full*; (vii) exigió mínimos de facturación, penalidad de salida, boleta de garantía, discriminando porque no se le exige a su cliente más favorecido.

1.10 Expone que, de acuerdo a lo anterior, desde el año 2006 al 2013 las demandadas han impedido el ingreso de OMV al capturar todo el mercado de telefonía y asegurar ingresos millonarios. Por lo mismo, Telestar se vio obligada a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aceptar las condiciones impuestas, convenir con un tercero y modificar su proyecto original. Advierte que han transcurrido casi seis meses desde el flagrante incumplimiento de las demandadas. Por último, destaca que el ingreso de dos nuevos OMR, VTR y Nextel, ha tenido nulo impacto en las barreras a la entrada erguidas por las demandadas.

1.11 En relación con el mercado relevante, explica que corresponde a los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de Chile. Distingue que dentro de los servicios analógicos y digitales se encuentra el servicio de telefonía móvil propiamente tal (V.gr. servicios de voz, datos, banda ancha móvil, SMS, MMS). De acuerdo con la información emitida por la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (“Subtel”), el mercado se encuentra altamente concentrado, porque Entel, Claro y Movistar poseerían el 98,72% de participación de mercado, el que ha creado una mayor desigualdad en el acceso para los sectores más desprotegidos. También distingue los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales para la telefonía móvil y accesorios, que resultan indispensables para el uso por parte de los usuarios finales del servicio de telefonía móvil y que no es desafiante producto de los subsidios que realizan las OMR.

1.12 Telestar enumera las, que a su juicio, serían barreras a la entrada en el mercado de telefonía móvil: espectro radio, inversiones específicas en infraestructura, disponibilidad de terrenos para la instalación de antenas, costos de cambio del consumidor medio y comportamiento estratégico de las empresas demandadas.

1.13 Argumenta que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema fijó un deber de conducta permanente en el tiempo, en otras palabras, estándares específicos que deben observar los OMR con los OMV en su relación comercial. Reitera que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema se dictó hace tres años y en ese contexto, se debió haber cumplido el 22 de abril de 2012, lo que no ha ocurrido. Las pocas ofertas a las que ha tenido acceso adolecen de los mismos incumplimientos ya presentados por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) ante este Tribunal.

1.14 Por lo anterior, solicita que se consideren la gravedad de las conductas, la reiteración de las mismas, el tiempo en que se han mantenido, los beneficios obtenidos y el daño que han producido al mercado.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) Que se proceda al cumplimiento inmediato de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, obligando a las demandadas a ofrecer a todos los OMV, 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 Telestar, 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 Claro; y en el estrangulamiento de márgenes a Telestar, en el caso de Entel, Claro y Movistar;
- (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. Contestación de Claro. A fojas 104, el 13 de mayo de 2016, Claro contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

2.1. Resalta la conducta inexplicablemente pasiva del demandante y la falta de actualidad que tiene esta causa, por cuanto (i) el demandante dejó transcurrir cerca de cuatro años desde los supuestos hechos; (ii) en el intertanto, se han desarrollado procesos similares ante la FNE (Rol N° 2078-12) y el TDLC (Rol C N° 271-13 y Rol C N° 286-14); y (iii) la demanda está construida sobre las ofertas del 2012 y no sobre las del 2014, que injustificadamente omite.

2.2. Señala que Telestar pretende homologar las imputaciones a la conducta sancionada por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema con los hechos descritos en la demanda, por lo que aclara que la conducta por la que se sancionó a Claro fue una negativa de venta y no un estrangulamiento de márgenes o discriminación; precisando que Telestar no fue parte de dicho proceso.

2.3. Explica que en estricto cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Claro ha contestado, de buena fe y prontamente, cada uno de los requerimientos que realizó Telestar. Explica que envió cartas a las consultas de Telestar el 2010 y 2011, incluso antes de que se dictara la Sentencia de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Excma. Corte Suprema y realizó reuniones el 2015. Aclara que presentó (i) una primera oferta de facilidades en abril de 2012, que cumplía con los criterios de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, la que fue publicada en la página web de Claro y entregada a las autoridades. Agrega que esta oferta recogió posteriormente las modificaciones solicitadas por la Subtel y la FNE. Luego, entregó nuevas ofertas el 2013, 2014 y 2015. La primera oferta de facilidades de Claro contenía una oferta y reventa de planes, sin perjuicio de que lo ordenado por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema es una obligación alternativa.

2.4. Explica que, por lo anterior, la FNE archivó la investigación por considerar que *“una sola fórmula o condiciones fijas de oferta no serían aptas para asegurar la generalidad, uniformidad, objetividad y no discriminación exigidas por el fallo”* y que las propuestas mayoristas de servicios sí permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado.

2.5. Señala que en el caso de Claro no existe una hipótesis de negativa de venta, porque se cuestionan el contenido de sus ofertas de facilidades, porque Claro no tiene una posición dominante y cada OMR ha actuado de manera independiente.

2.6. Respecto a la acusación de que las ofertas de Claro no contendrían una oferta de parrillas de planes, ni indicarían exactamente qué facilidades se ofrecen, Claro enfatiza que no es posible ni necesario incluir una parrilla completa de planes debido al dinamismo inherente en este mercado. Arguye que basta que los precios contenidos en la oferta de facilidades permitan replicar los planes de Claro aguas abajo para que un OMV pueda operar rentablemente variando sus planes con la frecuencia que estime pertinente. Explica que la oferta de facilidades vigente permite la operación de cualquier tipo de OMV, desde un *full* hasta un revendedor de planes.

2.7. Respecto del estrangulamiento de márgenes, aclara que no corresponde para su cálculo utilizar sus costos porque es un dato que Telestar no posee. Además, señala que desconoce las fuentes internacionales por las cuales Telestar concluyó que los márgenes del OMV deben ser del orden del 50%, que desconoce los datos y observa el cálculo realizado por Telestar en su demanda.

2.8. Respecto de la discriminación explica no es *per se* contraria a la libre competencia; que incluso podría ser eficiente. Sin embargo, señala, no es efectivo que los precios minoristas de Claro sean más bajos que los mayoristas. Por otra parte, la generalidad de la oferta de facilidades no permite la discriminación para lo cual es necesario que los sujetos sean comparables. Sin embargo, añade, los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayoristas y minoristas no son comparables técnicamente y tienen importantes diferencias en costos.

2.9. Por último, indica que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema obliga a otorgar acceso pero no a una fijación de precios, lo que no podría ser posible atendido el marco normativo vigente. Menos aun, señala, sería posible determinar el margen que debiesen obtener los OMV. Enfatiza que estos no han sido fijados por la Excma. Corte Suprema y no pueden ser fijados en estos autos por vía judicial. En estos autos sólo se puede determinar si se infringió el D.L. N° 211. Además, si lo que se busca es subsidiar a empresas menos eficientes, este no sería el procedimiento adecuado.

2.10. En relación con el mercado relevante, explica que la controversia de autos involucra dos mercados relacionados, uno aguas abajo correspondiente a los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional, incluyendo los servicios que comprenden la entrega, a cualquier título, de equipos terminales para telefonía móvil y accesorios; y otro aguas arriba correspondiente a los servicios de acceso a las facilidades de red o reventa de planes para la prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional, según lo señalado por la Excma. Corte Suprema y este Tribunal. En cuanto a los niveles de concentración, manifiesta que éstos han ido decreciendo exponencialmente con la entrada de nuevos actores, por lo que ambos mercados son altamente competitivos y dinámicos. Añade que Claro ha sido la empresa desafiante en este mercado altamente competitivo, lo que la ha obligado a efectuar importantes esfuerzos económicos y tecnológicos para lograr la participación de mercado que hoy tiene, la que no puede ser calificada de dominante, ni resulta comparable con los otros OMR.

2.11. Claro opone excepción de prescripción, pues la demanda se funda en la oferta de facilidades de 19 de abril de 2012 y la notificación de la demanda fue el 8 de abril de 2016, por lo tanto han transcurrido más de cuatro años, superando con creces el plazo de prescripción de tres años.

2.12. Claro, asimismo, opone excepción de falta de legitimación activa, señalando que la FNE es la única legitimada para velar por el debido cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de acuerdo a lo resuelto por este Tribunal en la causa Rol N° 139-07 y el artículo 39 d) del D.L. N° 211.

2.13. Por otra parte, alega que no se configura un abuso de posición dominante, puesto que Claro no tiene dicha posición individualmente considerada, su participación de mercado no es suficiente, ni resulta aplicable a Claro la dominancia respecto de su propia red porque basta que el OMV contrate con un OMR para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ingresar y operar en el mercado. Y aunque se ha condenado por tener una posición en conjunto con Entel y Movistar, Telestar no ha imputado un abuso de posición dominante colectiva y en este caso no se reúnen los requisitos exigidos por la doctrina para dicha configuración.

2.14. Respecto de la multa solicitada, señala que no concurren las agravantes de haber actuado como instigadora de la conducta; no ha obtenido beneficios económicos, sino que ha incurrido en costos para ofrecer servicios a los OMV; no existe reincidencia porque los hechos difieren sustancialmente de los señalados en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema; y sí concurren atenuantes como la colaboración completa y permanente con la FNE. También expone que en el evento hipotético de que la primera oferta no cumpliera con la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, ésta fue modificada conforme a las instrucciones de la FNE; de buena fe; entre otros.

3. Contestación de Entel. A fojas 144, el 13 de mayo de 2016, Entel contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

3.1. Señala que el desarrollo histórico de las redes ha llevado a que existan múltiples competidores en el acceso móvil, por lo que la telefonía móvil es uno de los segmentos del mercado de las telecomunicaciones con mayor grado de competencia y donde no existe un operador que pueda actuar con independencia de sus competidores o consumidores o que posea un activo no replicable por los demás actores. También indica que, a pesar del poco tiempo operando, los OMV han alcanzado participaciones de mercado relevantes.

3.2. Entel opone excepción de prescripción por el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema debido a (i) el ilícito imputado por Telestar es el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, dado que todas sus imputaciones se basan en su disconformidad con las bases y por lo solicitado en el petitorio; (ii) lo dispuesto en el artículo 20 de D.L. N° 211, inciso 5°, respecto de la prescripción de las medidas; y (iii) que la demanda fue notificada el 20 de abril de 2016. Agrega que esta dilación, además, demuestra la falta de interés real de la demandante, la inexistencia de perjuicios y la finalidad instrumental de la demanda. En subsidio, Entel opone excepción de prescripción en relación con hechos distintos al incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema atendido (i) lo dispuesto en el artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211; (ii) los hechos narrados por Telestar se centran en los años 2010, 2011 y 2012, por lo que sólo podría ser analizada la tercera oferta enviada a Telestar; (iii) la fecha de la notificación de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda, por lo que alega prescripción de los hechos ejecutados con anterioridad al 20 de abril de 2013.

3.3. Entel también opone excepción de falta de legitimidad activa, pues este Tribunal, cuando Entel presentó dentro del plazo de 90 días su oferta para OMV en el procedimiento Rol C N° 139-07, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39° d) del D.L. N° 211, resolvió por sentencia interlocutoria ejecutoriada, con autoridad de cosa juzgada, que a la FNE le corresponde velar por el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Entel expone que la FNE inició el 2012 la investigación respecto del cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, solicitó ajustes que fueron realizados, aprobó su última oferta y archivó su investigación. Por ello, sería contradictorio con el principio de buena fe y con la razonable interpretación, que rigen el cumplimiento de sentencias en sede de libre competencia, que cualquier tercero pueda cuestionar la labor fiscalizadora de la FNE.

3.4. Explica que la obligación impuesta por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema tiene por objeto que los OMV pudieran tener acceso al espectro radioeléctrico. Considera evidente que no puede asumirse una definición estricta de oferta de facilidades o de reventa, por las diversas formas que pueden adoptar los OMV. Además, el uso de la conjunción “y/o” supone la intención de hacer explícita la posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa. En ese contexto, Entel puso a disposición de los OMV ofertas de reventa en abril de 2012; y en enero y septiembre de 2013. Las últimas fueron entregadas a Telestar en febrero y diciembre de ese año, siguiendo las solicitudes de la FNE.

3.5. Enfatiza que Entel ha actuado de buena fe en el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. De este modo pasó por un proceso de revisión de ofertas con la FNE por cerca de 18 meses e intentó que se llevara ante este Tribunal.

3.6. Enseguida, niega que haya existido una negativa de venta porque existió un proceso de negociación con Telestar, que incluyó la suscripción de acuerdos de confidencialidad y le envió tres ofertas comerciales y la carta que comunicaba modificaciones.

3.7. Entel explica que un requisito de la negativa de venta es que no se preste el servicio o no se observe disposición a prestarlo existiendo un deber de hacerlo. Sin embargo, Entel no tenía deber de prestar el servicio y cuando se le impuso la obligación, puso a disposición de Telestar su oferta en condiciones generales, uniformes, objetivas y no discriminatorias respecto de cualquier operador que la hubiera requerido. Agrega que no se puede constituir negativa de venta indirecta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por los términos de la oferta que permite a cualquier OMV eficiente obtener utilidades razonables si cuenta con un modelo de negocios viable.

3.8. Adicionalmente, respecto de la discriminación y estrangulamiento de márgenes como conductas exclusorias, indica que Telestar debería acreditar una posición dominante de Entel y hacerse cargo de las distintas condiciones de mercado en el 2007. En particular, respecto del estrangulamiento argumenta que han ingresado siete OMV en las redes de Entel y Movistar y que Entel no provee servicios a Telestar, por lo que le es imposible estrangular sus márgenes. Respecto de la discriminación, explica que los clientes finales no tienen una posición jurídica y económica equivalente a un distribuidor mayorista porque el cliente final no pone en riesgo la calidad de la red de Entel, no tiene la capacidad de afectar su imagen de marca, no tiene un impacto económico similar en caso de incobrabilidad a diferencia de los OMV.

3.9. Respecto de las conductas exclusorias, indica que Telestar debe acreditar la intención exclusoria y la potencialidad de excluir la competencia, lo que no ocurre porque existen otros cuatro operadores con red. Además, explica que es inverosímil que Entel haya desplegado un esfuerzo exclusorio en contra de Telestar y haya permitido el ingreso de Falabella. Asimismo, argumenta que no hay incentivo en excluir a nuevos OMV cuando éstos ya ingresaron. Es más, los operadores con red competirán por atraer los mejores OMV. En efecto, en los últimos años se pasó de tres a doce actores incluyendo dos nuevos operadores con acceso al espectro. Por último, enfatiza que el rol del Tribunal no puede ser asegurar rentabilidad a competidores ineficientes y poco atractivos.

4. Contestación de Movistar. A fojas 178, el 13 de mayo de 2016, Movistar contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por las consideraciones que a continuación expone:

4.1. Cuestiona que Telestar, 18 meses después de haber ejercido su acción, haya notificado la demanda, pues no se condice con la real intención de un OMV que pretende competir en el mercado y manifiesta un claro oportunismo procesal para especular con el resultado de un juicio similar.

4.2. Explica que no es efectivo que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema haya impuesto una obligación regulatoria permanente, por lo que cualquier calificación de ilicitud de una facilidad, requiere un nuevo análisis jurídico y económico

4.3. Respecto del alcance de la medida, explica que ésta no tiene contornos claros y que no han existido oportunidades para solucionar sus legítimas dudas. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este sentido, argumenta, que la medida permite negociar términos específicos con cada OMV, sin discriminaciones arbitrarias ni anticompetitivas.

4.4. Hace presente que Movistar desde el 2008 ha negociado y suscrito contratos con OMV, citando ejemplos al efecto. Sin perjuicio de ello, explica que en abril de 2012 Movistar envió a la FNE la primera oferta, la cual se modificó según sus requerimientos. Posteriormente, presentó una segunda versión (diciembre de 2012) y una tercera (diciembre de 2013), siendo esta última mejorada en repetidas oportunidades, hasta junio de 2015. Da cuenta que todas estas ofertas y sus respectivas mejoras fueron remitidas a Telestar.

4.5. Respecto de la negociación con Telestar, explica que en noviembre de 2010 celebró una primera reunión, y luego de firmar un acuerdo de confidencialidad continuaron con las tratativas, al punto que colaboró en la búsqueda de un proveedor de plataforma MVNE. Sin embargo, hasta noviembre de 2012 Telestar desapareció. En enero y en agosto de 2013 Movistar le envió una propuesta, dando origen al contrato de facilidades, a partir de la cual Telestar ingresó al mercado en diciembre de 2013 ofreciendo prepago a los hinchas del club deportivo Colo-Colo. Posteriormente, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, Movistar incorporó al contrato todas las mejoras que se fueron generando en 2014 y 2015.

4.6. Destaca que Telestar ha incurrido en una serie de incumplimientos al contrato suscrito, lo que la ha obligado a recurrir a los tribunales de justicia. Pese a ello, Movistar mantiene operativos todos los servicios contratados.

4.7. Respecto del mercado relevante, distingue el mercado mayorista del minorista. Explica que en el mercado mayorista existe una intensa competencia y ninguna de las empresas tiene poder de mercado. Respecto del minorista, explica que la experiencia comparada señala que los OMV no pretenden competir por exactamente los mismos clientes que los OMRs. También distingue distintos segmentos dentro de este mercado, como el masivo del corporativo. Por último, argumenta que el mercado de terminales no es relevante en este juicio porque participan grandes empresas y no es un negocio de Movistar. Sólo los utiliza con fines promocionales y de fidelización.

4.8. Alega incompetencia del Tribunal para regular el precio mayorista y opone excepción de improcedencia de la acción. En este sentido, aclara que no ha sido demandado el abuso de posición dominante y que sólo alega incumplimiento pues no existe una obligación de formular ofertas de facilidades y/o de reventa para los OMV cuya fuente sea distinta a la medida impuesta por la Sentencia de la Excma.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Corte Suprema. Por consiguiente, no es posible la acción de cumplimiento por medio del procedimiento declarativo del D.L. N° 211.

4.9. Arguye que si se alega el incumplimiento, no se verifican los elementos objetivos del tipo infraccional. No es efectivo que se hayan cometido las conductas denunciadas en autos, ni tampoco que estas pudieron impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, ni tender a ello. Movistar entregó varias versiones de las ofertas de facilidades que cumplen con los criterios de la Excma. Corte Suprema, dentro de los plazos, en la medida que fue negociando con los distintos OMV. La generalidad se cumple desde que las tres ofertas de Movistar estaban destinadas a todos los OMV; la uniformidad desde que los términos y condiciones son equivalentes para todos los OMV que posean las mismas características; la objetividad, desde que ha estado dispuesta a atender los requerimientos especiales de los OMV; y la no discriminación, desde que Movistar aplica la cláusula de la nación más favorecida.

4.10. En particular aclara que no es efectivo que exista una discriminación entre la oferta mayorista y las condiciones comerciales de *roaming* nacional que ofrece a VTR, porque los *roaming* tienen la capacidad para interconectarse con otros operadores, utilizan su propia red de transporte y cuentan con una red de acceso distribuida, aunque ésta no cubra todo el área de sus clientes, a diferencia de los OMV.

4.11. El hecho de que Movistar no haya formulado una oferta de reventa no configura un incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema porque la obligación podía cumplirse de modo alternativo. A su vez, si Telestar quería configurarse como OMV *full* y Movistar consideró que los planes de reventa no aportaban en la entrada de los OMV, imponía altos costos de transacción y es difícil de fiscalizar.

4.12. Señala, asimismo, que las condiciones comerciales de la oferta de Movistar son racionales. Cobro por activación de servicio, descuentos por volumen y mínimos de facturación. Para Movistar el negocio mayorista requiere de una alta inversión en tiempo y recursos, con esto se recupera la inversión y se inhibe la celebración de contratos con OMV que no tengan la seriedad suficiente. Si el uso de tráfico puede generar congestión en la red, un cierto nivel de volumen y facturación contribuye a financiar el costo en el que OMR va a incurrir para monitorear el uso de la red. Por su parte, la boleta de garantía se justifica por la morosidad que puede generar el OMV o por su salida intempestiva, como ocurre en el caso de Telestar. Finalmente, la vigencia mínima del contrato y multas por término anticipado se justifican por las inversiones que realizan ambas partes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.13. Argumenta que no se configuran los presupuestos para considerar que ha existido una negativa de venta anticompetitiva. En efecto, (i) Movistar envió las respectivas facilidades a Telestar e incluso firmó un contrato con la demandante a partir de una de ellas, por lo que jamás se ha negado a contratar; (ii) si los OMV son eficientes, no existe una razón para encontrarse imposibilitado de obtener los insumos necesarios; y (iii) los OMR compiten intensamente en el mercado mayorista.

4.14. En el mismo orden de ideas, señala que no existe un estrangulamiento de márgenes de Movistar porque de lo contrario no existirían los otros OMV con buenos resultados en el mercado y el test idóneo para calcularlo es el del competidor igualmente eficiente. A diferencia de Claro, Telestar no señala cuáles planes minoristas de Movistar fueron tomados en consideración, ni el modo en que se calcularon los presupuestos para configurar un estrangulamiento de márgenes, por lo que le es imposible defenderse. Movistar niega tajantemente que la oferta mayorista de Movistar sea más gravosa que la oferta minorista, aunque tampoco es procedente utilizar como referencia determinados planes de post-pago porque los OMV no cuentan con una base suficiente para financiar los altos costos fijos de ese segmento, con excepción de Falabella que ya cuenta con economías de ámbito. Además, la conclusión de Telestar es contraria a los cálculos de la FNE. Por lo anterior, es adecuado tomar como referencia un mix representativo de planes para determinar si pueden ser replicables.

4.15. Aduce que los hechos denunciados no han tenido la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Esto porque ninguna de las demandadas tiene poder de mercado individualmente considerada. Tampoco tiene el elemento subjetivo del tipo infraccional de haber obrado con la intención de generar un efecto anticompetitivo. En primer lugar, explica, las ofertas se han formulado en cumplimiento de una medida adoptada por una sentencia judicial, la que incluso se acompañó en el proceso ante este Tribunal y ante la FNE. En segundo lugar, Movistar actuó de buena fe, recogiendo las sugerencias y solicitudes de la FNE, bajo el principio de confianza legítima que rige la actuación de los administrados. En tercer lugar, Movistar es el OMR que más contratos ha suscrito con OMV. En cuarto lugar, hay ausencia de incentivos que hagan presumir que Movistar pudo haber actuado con un ánimo exclusorio.

4.16. En subsidio, opone excepción de prescripción. Señala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º y 20º inciso 5º del D.L. N° 211, las medidas prescriben en el plazo de dos años desde que la sentencia se encuentra ejecutoriada, lo que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocurrió el 16 de enero de 2014, en circunstancias que la demanda fue notificada el 13 de abril de 2016.

4.17. Por último, arguye que no cabe sancionar a Movistar porque basta que este Tribunal explique en qué ha consistido el supuesto incumplimiento y cómo puede enmendarlo. En subsidio, indica que debe ser sancionado con el mínimo de multas, porque (i) no existieron efectos anticompetitivos; (ii) las denuncias tuvieron carácter restringido; (iii) hubo manifestaciones de Movistar de ajustarse a derecho; (iv) existe una confianza legítima por parte de Movistar; (v) Movistar es quien más contratos ha suscrito; (vi) Movistar es el único OMR que ha desplegado una plataforma MVNE de apoyo para los OMV; y (vii) Movistar no ha sido acusada de negativa de venta.

5. Resolución que recibe la causa a prueba. A fojas 538 se recibió la causa a prueba y 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 2013 y hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 11 de noviembre de 2014.* 2. *En relación con las ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales que habrían formulado Movistar, Entel y Claro a Telestar: a) Respecto de Claro, oportunidades y circunstancias en que la demandante le solicitó ofertas de facilidades y/o reventa; términos y condiciones de las mismas. Efectos en la competencia; b) Respecto de Entel, oportunidades y circunstancias de las negociaciones sostenidas con la demandante, y efectividad de que Entel habría formulado una oferta de facilidades. Efectos en la competencia; y c) Respecto de Movistar: (i) oportunidades y circunstancias en que la demandante le solicitó ofertas de facilidades y/o reventa; términos y condiciones de las mismas; (ii) efectividad de que los términos y condiciones establecidos en el contrato suscrito por la demandante con Movistar el 27 de agosto de 2013 le fueron impuestas y le imposibilitarían competir en el mercado; y (iii) efectos en la competencia.* 3. *Efectividad de que las ofertas de facilidades y/o reventa de planes que las demandadas habrían formulado a la demandante permitieron el ingreso de nuevos participantes a el o los mercados concernidos”.*

6. Prueba rendida por las partes.

6.1. Documentos acompañados por Telestar. a fojas 39, (i) cartas de Entel dirigidas a Telestar con fechas 31 de mayo de 2010 y 5 de febrero de 2013; (ii) correos electrónicos entre Telestar y Entel entre octubre de 2011 y enero de 2012; (iii) cartas de Movistar dirigidas a Telestar con fechas 17 de junio de 2010, 14 de mayo de 2012 y 21 de agosto de 2013; (iv) correos electrónicos entre Telestar y Movistar entre octubre de 2010 y febrero de 2011; (v) cartas de Claro dirigidas a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Telestar con fechas 10 de junio de 2010, 21 de septiembre y 21 de octubre de 2011 y 24 de abril de 2012; (vi) ofertas de facilidades para OMV de Claro, abril de 2012 y junio de 2013; (vii) correos electrónicos entre Claro y Telestar entre octubre de 2011 y septiembre de 2012.

6.2. Documentos acompañados por Entel: a fojas 933, (i) carta de Entel a Telestar con fecha 4 de febrero de 2013; (ii) cadena de correos entre Entel y Telestar con fecha 5 de febrero de 2013; (iii) carta de Entel a Telestar con fecha 5 de febrero de 2013; (iv) copia de oferta adjunta a carta de 5 de febrero de 2013; (v) Carta de Entel a Telestar de 16 de diciembre de 2013; (vi) copia de oferta adjunta a carta de 16 de diciembre de 2013; (vii) carta de Entel a Telestar con fecha 3 de julio de 2014; (viii) carta de Entel a Telestar con fecha 27 de marzo de 2014; (ix) copia de oferta adjunta a carta de 27 de marzo de 2014; (x) carta de Entel a Telestar con fecha 4 de diciembre de 2014; (xi) copia de addendum de Anexo 2, adjunto a carta de 4 de diciembre de 2014. A fojas 935, copia de noticia publicada en el diario La Tercera, con fecha 4 de junio de 2017.

6.3. Documentos acompañados por Movistar: a fojas 528, (i) resolución de archivo de la FNE con fecha 12 de agosto de 2016, inv. Rol 2360-2015; (ii) impresiones de dos artículos de prensa "Qué es Project Fi, el Operador Virtual de Google" y "Hoy llega FreedomPop, con llamadas y Whatsapp Gratis 'Para Siempre'"; (iii) publicación del Diario Oficial con fecha 29 de agosto de 2016; (iv) carta enviada a Movistar por el gerente general de Telestar con fecha 17 de mayo de 2016. A fojas 954, (i) acuerdo de confidencialidad suscrito entre Movistar y Telestar de fecha 9 de diciembre de 2010; (ii) correo electrónico y documento adjunto enviado por Movistar a Telestar con fecha 10 de abril de 2012; (iii) cadena de correos entre Movistar y Telestar entre enero y marzo de 2013; (iv) correo electrónico enviado por Movistar a Telestar con fecha 2 de agosto de 2013; (v) contrato de servicios de telefonía móvil bajo la modalidad de OMV, suscrito entre Movistar y Telestar con fecha 27 de agosto de 2013; (vi) correo electrónico enviado por Movistar a Telestar con fecha 23 de diciembre de 2013; (vii) documento "Acta de aceptación para la puesta en servicio del contrato de telefonía móvil bajo modalidad de operador móvil virtual" con fecha 10 de diciembre de 2013; (viii) documento "Modificación al contrato de servicios de telefonía móvil bajo modalidad de operador móvil virtual" y su Anexo N°1, con fecha 27 de enero de 2014; (ix) acuerdo de pago suscrito entre Movistar y Telestar con fecha 13 de agosto de 2014 y copia de 7 cheques individualizados en el documento; (x) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 19 de diciembre de 2014; (xi) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 15 de junio de 2015; (xii) carta enviada por Telestar a Movistar con fecha 24 de junio de 2015; (xiii) carta enviada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por Movistar a Telestar con fecha 29 de octubre de 2015; (ix) carta enviada por Movistar a Telestar con fecha 17 de septiembre de 2015; (x) correo electrónico enviado por Telestar a Movistar y carta adjunta a dicho correo, con fecha 20 de junio de 2016. A fojas 1296, (i) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C-15006-2016, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (ii) diversos antecedentes relativos al juicio sumario Rol C-8742-2016, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (iii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-32440-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (iv) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-29033-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (v) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-29032-2015, caratulado "Telefónica Móviles Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (vi) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-27564-2015, caratulado "Club de deportes Santiago Wanderers S.A.D.P. con Telestar Móvil S.A."; (vii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-23774-2015, caratulado "Comercial Valltech SPA con Telestar Móvil S.A."; (viii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-23000-2015, caratulado "Comercial Valltech SPA con Telestar Móvil S.A."; (ix) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C-21325-2015, caratulado "Servicio de Informática LTDA con Telestar Móvil S.A."; (x) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-8727-2015, caratulado "Factoring Baninter S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xi) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-2926-2015, caratulado "Compañía de Netline Mobile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xii) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-26294-2014, caratulado "Compañía de Netline Mobile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xiii) diversos antecedentes relativos al juicio ordinario Rol C-25245-2014, caratulado "Q Marketing S.A. con Telestar Móvil S.A."; (ix) diversos antecedentes relativos al juicio ejecutivo Rol C-21128-2014, caratulado "Q Marketing S.A. con Telestar Móvil S.A."; (x) escrito de fecha 28 de mayo de 2013 correspondiente al juicio ejecutivo Rol C-10602-2013, caratulado "Huawei Chile S.A. con Telestar Móvil S.A."; (xi) certificado notarial que da cuenta de la extracción de diversos artículos de prensa; (xii) copia simple de 119 facturas emitidas por Telefónica Móviles Chile S.A. a Telestar Móvil S.A.

6.4. Exhibición de documentos. A solicitud de Claro, a fojas 719, Telestar exhibió (i) el modelo de negocio de Telestar, de fecha 8 de julio de 2010 (ii) una carpeta con cuatro proyectos de negocios de Telestar en Latinoamérica; (iii) documentos relativos al plan de negocios de Telestar con Huawei para el suministro de servicios MVNE/MVNA en Sudamérica; (iv) cotización de servicios MVNE que solicitó a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

compañía Sony Ericsson. A solicitud de Entel a fojas 717, Telestar exhibió (i) Copia de la Solicitud de Concesión de Telestar Móvil S.A. Ingreso Subtel N° 33.845, de 25 de junio de 2008 y (ii) Proyecto financiero correspondiente a la solicitud de concesión. A solicitud de Movistar a fojas 714, Telestar exhibió (i) contrato de servicios MVNE entre Telestar y Netline Mobile S.A. de fecha 30 de octubre de 2013; (ii) contrato de licencia entre Telestar y Blanco y Negro S.A. de 18 de octubre de 2012; (iii) contrato con ByN para el desarrollo de aplicación de teléfonos móviles; (iv) contrato de publicidad con ByN; (v) Set de 18 solicitudes de portabilidad numérica; (vi) facturas que dan cuenta de los pagos efectuados por Telestar por concepto de publicidad; (vii) diversos elementos de carácter publicitario y de marketing; (viii) súper chip del proyecto Santiago Wanderers Movil; (ix) SIM card de Telestar.

6.5. Informes. A fojas 985, Movistar acompañó el informe económico "El competidor eficiente en el mercado de los OMV". A fojas 1340, Claro acompañó el informe económico "Informe sobre la Demanda de Telestar en contra de la Empresa Claro por Estrangulamiento de Márgenes".

6.6. Prueba testimonial rendida por Telestar: a fojas 605, el Sr. Miguel Luis Pizarro Aragonés; a fojas 607, el Sr. Ricardo Alejandro Mandujano Romero; a fojas 609, el Sr. Enzo Piero Caszely Guerra; por Claro, a fojas 663, el Sr. Paulo Oyanedel Soto; y, por Movistar, a fojas 833, el Sr. Mauricio Rodrigo Gutiérrez Martínez.

6.7. Observaciones a la prueba. A fojas 1493, Movistar presentó sus observaciones a la prueba; a fojas 1587, Telestar presentó sus observaciones a la prueba; a fojas 1608, Claro presentó sus observaciones a la prueba.

7. Resolución que trae los autos en relación. A fojas 854, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó el 29 de junio de 2017 a las 9:30 horas, según consta en certificado de fojas 1684.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se ha señalado, Telestar imputa a Claro, Entel y Movistar la ejecución de actos que impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil. En particular, imputa el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema *"al haber ejecutado prácticas exclusorias, [de] discriminación y abuso de posición dominante en el mercado de la telefonía móvil, con el objeto de impedir, retrasar, obstaculizar y entorpecer la competencia en dicho mercado, creando barreras artificiales de entrada a mi representada, que consisten en la negativa de entrega de una oferta*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de facilidades en los términos establecidos por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 23 de diciembre de 2011 y la discriminación arbitraria de precios o pisamiento de márgenes”;

Segundo: Que Claro solicitó el rechazo de la demanda, indicando que sus ofertas mayoristas cumplirían no sólo con los requisitos exigidos por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, sino que también con aquellos indicados por la FNE en la investigación iniciada al efecto, la que se refiere en los puntos 2.3 y 2.4 de la parte expositiva, y con los solicitados por la Subtel en el marco de dicha investigación. De acuerdo con Claro, tales ofertas permitirían a un OMV operar en el mercado aguas abajo, obteniendo márgenes positivos. Además, sostiene que no tiene posición dominante en el mercado de telefonía móvil, por lo que no se configuraría un abuso de dicha posición. Por último, opone las excepciones de prescripción y falta de legitimación activa. La primera, porque en su entender la conducta se habría ejecutado el 19 de abril de 2012 y, por lo tanto, habría transcurrido el plazo de tres años para perseguir estas conductas; y la segunda, porque sólo la FNE tendría legitimación para velar por el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en conformidad con el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211;

Tercero: Que, por su parte, Entel opone en primer lugar la excepción de prescripción, tanto de la acción para solicitar el cumplimiento de la Medida, como de la acción para perseguir su responsabilidad por hechos distintos al incumplimiento que se le imputaría. Al igual que Claro, opone la excepción de falta de legitimación activa de Telestar, aduciendo razones similares. También señala que no tiene posición dominante en el mercado de telefonía móvil, por lo que no se configuraría un abuso de dicha posición y que, en todo caso, no le ha negado la venta de planes a la demandante. Sostiene, además, que sus ofertas cumplen con la Sentencia de la Excma. Corte Suprema y permiten el desarrollo de un OMV, señalando que la obligación impuesta por la misma no supone un deber de negociar las ofertas con sus competidores, sino sólo de contar con tales ofertas, lo que habría realizado oportunamente y de buena fe;

Cuarto: Que, en tercer término, Movistar también solicitó el rechazo de la demanda, indicando que sus ofertas cumplirían con todas las exigencias impuestas en la Medida y que, en los hechos, no se configurarían los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia respecto de las otras conductas denunciadas. Además, opone dos excepciones de forma: (i) la incompetencia absoluta de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil; y (ii) la improcedencia de las acciones entabladas por Telestar, en el sentido que ellas no debiesen ser conocidas en un proceso declarativo, sino en un procedimiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejecución de la obligación impuesta en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema. Asimismo, de forma subsidiaria a estas alegaciones y excepciones, opone excepción de prescripción de la acción de cumplimiento deducida por la demandante;

Quinto: Que, como se puede apreciar, la demanda está formulada en términos muy similares a la deducida por la empresa Netline Mobile S.A. en el proceso Rol C N° 271-13, traído a la vista por resolución de fojas 589 (“Expediente Traído a la Vista”), que culminó en la Sentencia N° 156/2017. En esa sentencia se señaló que las infracciones anticompetitivas imputadas a las operadoras móviles demandadas en ese proceso (esto es, la negativa de venta, la discriminación arbitraria y el estrangulamiento de márgenes) y las peticiones allí realizadas (obligar 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 hacer ofertas mayoristas que garantizaran un margen razonable y económicamente sustentable de un 50%), tenían su fundamento en la medida impuesta en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema;

Sexto: Que la similitud de partes, solicitudes y peticiones hacen que el mismo razonamiento de la Sentencia N° 156/2017 sea aplicable en este proceso. Es decir, lo que se demanda en estos autos es el incumplimiento de una medida establecida en un procedimiento contencioso de libre competencia, fundada en que las ofertas presentadas por las demandadas a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Excm. Corte Suprema, por ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Séptimo: Que, en forma previa a determinar la existencia de dicho incumplimiento en el presente caso, serán resueltas las excepciones opuestas por las demandadas, esto es, (i) las de falta de legitimación activa opuestas por Claro y Entel; (ii), las de incompetencia e improcedencia de la acción opuestas por Movistar; y, (iii) las de prescripción opuestas por todas las demandadas;

Octavo: Que, como se señaló en la parte expositiva, Claro y Entel sostienen que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del D.L. N° 211, la FNE sería la única legitimada para velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema. Indican esas demandadas que este criterio habría sido confirmado por este Tribunal al dictar la resolución de 10 de julio de 2012 en el expediente Rol 139-07, la cual rechazó un recurso de reposición presentado por Entel en contra de la resolución de 28 de junio de 2012. En esta última resolución se resolvió no darle tramitación incidental a una solicitud de dicha empresa, consistente en que se tuviera presente la oferta que acompañó en ese proceso, por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuanto no procedía iniciar un procedimiento de cumplimiento de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema promovido por una parte obligada por ésta;

Noveno: Que, el incumplimiento de medidas establecidas en sede de libre competencia, que es, según se ha dicho, lo que se discute en el presente caso, constituye una infracción respecto de la cual corresponde aplicar el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211, cuyo ejercicio no se ha conferido en forma exclusiva a la Fiscalía Nacional Económica;

Décimo: Que Telestar tiene una concesión de servicio de telefonía móvil para operar como OMV y, en consecuencia, participa en el mercado de la telefonía móvil. Por tanto, tiene un interés legítimo y puede accionar en contra de las demandadas por los hechos señalados en su libelo, por lo que se rechazarán las excepciones de falta de legitimación activa opuestas por Claro y Entel;

Undécimo: Que Movistar, por su parte, opone una primera excepción procesal consistente en la supuesta incompetencia de este Tribunal para regular el precio mayorista de los servicios de telefonía móvil. En su parecer, esta petición estaría contenida en la demanda, dado que Telestar solicita que la oferta mayorista de Movistar debe ser igual a la oferta minorista más baja que esta última ofrece en el mercado. Sin embargo, señala esta demandada, dado que no existe un monopolio natural o un mercado sin competencia, no procedería que se fije el precio; cuestión que, en todo caso, de corresponder, debería ser realizada por el respectivo regulador sectorial;

Duodécimo: Que la acusación de la demandante en este punto imputa una conducta discriminatoria por parte de Movistar, para lo cual compara las tarifas que ésta le cobra con aquellas que le cobra a sus clientes minoristas, señalando al efecto que si se contrastaran *“los precios de la oferta mayorista de Movistar, con su Oferta minorista, llegamos a la convicción que ningún OMV podría competir, menos aún desafiar su oferta minorista”*. Esto se reitera en el petitorio de la demanda, en el que solicita que se cumpla con la Medida y se realicen ofertas que no contengan discriminaciones de ninguna naturaleza, para lo cual solicita *“considerar la debida consistencia entre su oferta minorista más baja y los precios mayoristas”*;

Decimotercero: Que de lo expuesto se concluye que ni este proceso ni el petitorio del demandante tiene por objeto directo o indirecto la fijación de precios en el mercado concernido. Por tanto, se rechazará la excepción de incompetencia deducida por Movistar;

Decimocuarto: Que Movistar también opuso una excepción de improcedencia de la acción, fundada en que la forma de cumplir con lo preceptuado por la Excm.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Corte Suprema debiese ser conocido en un procedimiento de cumplimiento forzado, atendida la indeterminación de la obligación impuesta en la sentencia dictada por dicha Corte;

Decimoquinto: Que la acción por incumplimiento de una sentencia debe ser tramitada en el procedimiento contencioso regulado en los artículos 19 y siguientes del D.L. N° 211, ya que la determinación de un eventual incumplimiento de la obligación impuesta por la Excma. Corte Suprema, mediante su sentencia de 23 de diciembre de 2011, implica calificar si los términos de las ofertas de facilidades o reventa de planes para operadores móviles virtuales formuladas por las demandadas se ajustan a criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. Una calificación de tal naturaleza excedería el ámbito propio de un procedimiento ejecutivo basado en el cumplimiento de una obligación determinada o fácilmente determinable;

Decimosexto: Que, por lo expuesto, también se rechazará la excepción de improcedencia de la acción opuesta por Movistar;

Decimoséptimo: Que en relación con las excepciones de prescripción opuestas por todas las demandadas, se debe tener presente que se han formulado dos variantes de ella. Por una parte, Entel y Movistar opusieron una excepción referida a la supuesta prescripción de la acción para perseguir el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. Por otra, la misma Entel y Claro opusieron excepción de prescripción para el caso que se estimara que los hechos que Telestar califica de contrarios a la competencia sean considerados de manera separada del incumplimiento; la acción para perseguir tales hechos, de acuerdo a estas demandadas, estaría prescrita;

Decimoctavo: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del D.L. N° 211, los plazos de prescripción de una y otra acción son diferentes. Mientras en el primer caso dicho plazo es de dos años, contados desde que la sentencia que impone la medida queda firme, en el segundo el plazo es de tres años, contados desde que se ejecutó la conducta;

Decimonoveno: Que, como ya ha quedado asentado en los considerandos quinto y sexto, la demanda de autos es de incumplimiento de la Medida. Por lo anterior, las excepciones de prescripción se analizarán bajo el estatuto que rige la prescripción de las medidas, esto es, sólo bajo la primera variante mencionada en el considerando Decimoséptimo. Por tanto, serán rechazadas las excepciones relativas a la segunda variante opuestas por Entel y Claro;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo: Que la prescripción de las medidas se encuentra regulada en el inciso quinto del artículo 20 del D.L. N° 211. En el presente caso, atendida la fecha de presentación de la demanda, corresponde aplicar el texto vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945. Reiterando lo señalado, de acuerdo con dicha norma, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las impone;

Vigésimo primero: Que la mencionada norma debe ser interpretada armónicamente con las normas generales que rigen la prescripción extintiva de acciones, en particular con el artículo 2514 del Código Civil, que señala que el plazo se cuenta desde que la obligación se hizo exigible;

Vigésimo segundo: Que, en el caso de autos, la obligación se hizo exigible el 16 de abril de 2012, fecha en la que la Sentencia de la Excm. Corte Suprema quedó firme. Por ello, el plazo de prescripción debe contarse a partir de esa fecha;

Vigésimo tercero: Que la demanda de autos fue notificada a Movistar el día 13 de abril de 2016 y a Entel el día 20 del mismo mes y año, por lo que la prescripción no fue interrumpida civilmente. En consecuencia, en principio, la acción para perseguir el cumplimiento de la medida ordenada en la Sentencia se encontraría prescrita;

Vigésimo cuarto: Que, sin embargo, es necesario revisar, además, que la acción no haya sido interrumpida naturalmente, esto es, de acuerdo con el artículo 2518 del Código Civil, que las demandadas no hayan reconocido, de forma expresa o tácita, la obligación impuesta en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema;

Vigésimo quinto: Que en el Expediente Traído a la Vista se acompañó, entre otras evidencias, el expediente de investigación de la FNE N° 2078/12, así como su resolución de archivo y el informe que le sirve de base; además de los documentos exhibidos por Entel, a fojas 3713 y 4280, y Movistar, a fojas 4166 y 4960. En virtud de estos antecedentes, se puede concluir que las tres demandadas reconocieron su obligación de presentar ofertas mayoristas en diversas oportunidades a partir de abril de 2012 y hasta por lo menos abril de 2014, todo ello en el marco de la investigación abierta por la FNE. En concreto, de acuerdo con los antecedentes de esa investigación, Movistar presentó la última versión de su oferta el 9 de abril de 2014 y Entel lo hizo el día 28 del mismo mes y año. Estas presentaciones de las demandadas a la FNE de las últimas versiones de sus ofertas son un reconocimiento expreso de la obligación que les impone la Sentencia de la Excm. Corte Suprema;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo sexto: Que, como se ha indicado, la demanda de Telestar fue válidamente notificada a Movistar el día 13 de abril de 2016, habiendo transcurrido más de dos años desde que reconoció por última vez su obligación, el 8 de abril de 2014. Por lo anterior, la acción ejercida en contra de esta empresa se encuentra prescrita y, en consecuencia, se rechazará la demanda de Telestar en su contra;

Vigésimo séptimo: Que, por el contrario, en el caso de Entel, se interrumpió naturalmente la prescripción extintiva de la obligación, ya que el último reconocimiento de Entel fue el 28 de abril de 2014 y la notificación de la demanda el 20 de abril de 2016. Por tanto, se rechazará su excepción de prescripción;

Vigésimo octavo: Que, en mérito de las decisiones anteriores, se proseguirá el juzgamiento de los hechos imputados en esta causa sólo respecto de Claro y Entel;

Vigésimo noveno: Que, como se ha señalado en los considerandos quinto y sexto, la demandante imputa a las demandadas Claro y Entel haber incumplido la Medida, por cuanto sus ofertas presentadas a partir de abril de 2012 no cumplirían con el objetivo buscado por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, al ser discriminatorias, estrangular márgenes y constituir, en los hechos, una negativa de venta;

Trigésimo: Que, para determinar si las demandadas incumplieron la Medida, se procederá a: (i) describir los procesos que le dieron origen; (ii) determinar su sentido y alcance; y (iii) examinar si las ofertas cumplieron con lo que ella ordenó. En caso de llegar 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 primero: Que, en primer lugar, en cuanto al proceso Rol C N° 139-07, que dio lugar a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, éste comenzó el año 2007 por un requerimiento de la FNE en contra Claro, Entel y Movistar. La Excma. Corte Suprema, conociendo de un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 104/2010, impuso la Medida al considerar que las requeridas habían incurrido en una negativa de venta, porque ninguna de ellas había formulado condiciones comerciales claras y económicamente razonables conducentes a la celebración de un contrato de facilidades o reventa, evitando con esto el ingreso al mercado por parte de los OMV. Tal como se señaló en el considerando vigésimo segundo, la Excma. Corte estableció un plazo para presentar nuevas ofertas, que se cumplió el 16 de abril de 2012;

Trigésimo segundo: Que, Entel y Claro acompañaron sus ofertas al proceso y solicitaron tener por cumplido lo ordenado. Sin embargo, por resolución firme, finalmente no se dio lugar a la tramitación incidental. Posteriormente, Entel, Claro y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Movistar presentaron al menos tres ofertas de facilidades y/o de reventa de planes a la FNE en el expediente de investigación N° 2078/12;

Trigésimo tercero: Que, enseguida, atendido que los criterios que deben contener las ofertas a que se refiere la medida ordenada en la Sentencia están formulados en términos generales, se hace necesario determinar cuál es el sentido y alcance de la Medida, que contiene dos obligaciones: (i) la de efectuar ofertas de facilidades y/o de reventa de planes; y (ii) la de formular esas ofertas en términos generales, objetivos, uniformes y no discriminatorios;

Trigésimo cuarto: Que respecto de la obligación de efectuar ofertas de facilidades y/o de reventa de planes, la Sentencia N° 156/2017 estableció que la expresión “y/o” se refiere a la *“posibilidad de elegir entre la suma o la alternativa de dos opciones”* (Diccionario panhispánico de dudas de la RAE). Por lo tanto, Claro y Entel pueden formular una oferta de facilidades (i.e. una oferta para el uso de la infraestructura de red en términos amplios); 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 ambas. Por tanto, todas las empresas afectadas por la Medida no están obligadas a formular ambos tipos de ofertas;

Trigésimo quinto: Que, en lo que respecta ahora al significado concreto de los criterios que deben cumplir las ofertas de facilidades o de reventa de planes (esto es, ser generales, objetivas, uniformes y no discriminatorias), para determinarlo se debe analizar el objetivo buscado por la Excma. Corte Suprema;

Trigésimo sexto: Que de acuerdo con lo expuesto en los considerandos decimocuarto y decimoquinto de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, se deduce que el objetivo buscado fue incentivar la entrada de los OMV al mercado minorista, fomentando, de esta manera, la competencia;

Trigésimo séptimo: Que para verificar si dicho objetivo se ha logrado, a continuación se analizará la industria en la que se desarrollan los OMV, en la que incide el incumplimiento denunciado en autos;

Trigésimo octavo: Que Telestar señala que el mercado relevante en estos autos sería el de *“los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, prestados mediante concesiones, dentro de los límites geográficos de República de Chile”*, dentro de los cuales están los servicios de telefonía propiamente tales (voz, datos, banda ancha, etc.) y los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios. Por su parte, Claro señala que los hechos imputados tienen lugar no solamente en el mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, sino también en el de *“los servicios de acceso a las facilidades de red o reventa a planes para la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prestación de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil a nivel nacional". Además, señala que ninguno de los hechos imputados por Telestar involucran los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios, mercado que sería altamente competitivo. Por último, Entel centra su análisis en lo que denomina el "segmento móvil de las telecomunicaciones";

Trigésimo noveno: Que, primero, en cuanto a los servicios de entrega de equipos terminales y accesorios, que según Telestar formarían parte de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, ya se ha señalado en diversas oportunidades (Sentencias N° 131/2013 y N° 156/2017, entre otras) que el mercado de terminales móviles es distinto al mercado de servicios de telecomunicaciones móviles, por su carácter esencialmente complementario a éste;

Cuadragésimo: Que, en segundo lugar, en concordancia con lo definido en la Sentencia N° 156/2017, debe acotarse el mercado afectado al de las comunicaciones móviles, sin considerar los servicios de telecomunicaciones provistos por redes fijas, pues: (i) no existe controversia entre las partes al respecto; (ii) no ha sido aportada prueba en estos autos sobre la necesidad de considerar dentro del mercado relevante a los proveedores de servicios por redes fijas; y (iii) en la práctica, las redes fijas no poseen las características de movilidad y ubicuidad que sí tienen las redes móviles, dificultándose la sustitución de los servicios móviles por los fijos por parte de los consumidores;

Cuadragésimo primero: Que, acotada de esta forma, la industria de comunicaciones móviles, tal como se señaló y analizó en la mencionada Sentencia N°156/2017, ha experimentado diversos cambios regulatorios en los últimos años que permiten distinguir la existencia de dos mercados: (i) el mercado mayorista (aguas arriba), donde los OMRs proveen de instalaciones o de planes de telefonía móvil para su venta mayorista, que son utilizados por los OMV para poder ingresar al mercado minorista; y (ii) el mercado de venta minorista a clientes finales, donde actúan como oferentes tanto los OMRs como los OMV;

Cuadragésimo segundo: Que Telestar señaló en su demanda que existirían barreras de ingreso al mercado mayorista, consistentes en la necesidad de contar con espectro radioeléctrico y en la necesidad de realizar inversiones específicas, tanto en infraestructura como en terrenos aptos, para formar una red de telecomunicaciones. En lo que se refiere al mercado minorista, la demandante explica que eventuales comportamientos estratégicos de las demandadas, como los que se imputan en autos, constituirían barreras de entrada al mercado. Finalmente, la actora arguye que los costos de cambio que enfrentan los consumidores de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios de telefonía móvil también constituirían una barrera a la entrada a ambos mercados;

Cuadragésimo tercero: Que las condiciones de entrada a los mercados mayorista y minorista fueron latamente analizadas en el Expediente Traído a la Vista. En dicho proceso se concluyó que 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. 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 constituir una desventaja respecto de las firmas incumbentes (sin perjuicio de que esos nuevos inversionistas eventualmente podrían ingresar a través de la colocalización de antenas obligatoria regulada en la Ley N° 20.599). Todas estas circunstancias condicionan al menos la oportunidad de la entrada de competidores en el mercado mayorista, por lo que es posible afirmar que las empresas incumbentes tienen algún grado de poder de mercado significativo en el mismo;

Cuadragésimo cuarto: Que, en el mercado minorista, por su parte, en el Expediente Traído a la Vista se señaló que si bien pueden ingresar nuevos competidores como OMV, tal ingreso está supeditado a la existencia de una oferta de facilidades o de reventa de planes por parte de un OMR, en condiciones económicamente razonables. Esas conclusiones no han variado desde que se dictó la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. La alegación de Telestar, consistente en que los comportamientos estratégicos también constituirían una barrera a la entrada sí constituye una alegación no tratada en el expediente aludido, por lo que esta materia será analizada en los considerandos siguientes como parte de las prácticas anticompetitivas denunciadas producto del incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema;

Cuadragésimo quinto: Que, atendido lo analizado en los considerandos anteriores, y al igual que lo razonado en la Sentencia N° 156/2017, es posible concluir que el incumplimiento denunciado en autos sólo podría tener efecto en el mercado minorista, dado que impediría el ingreso de Telestar al mismo, lo cual podría distorsionar la competencia;

Cuadragésimo sexto: Que, una vez analizado el mercado afectado, es posible concluir que el sentido y alcance de la Medida era: (i) poner a disposición de quienes estuviesen interesados por 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

potenciales competidores al mercado minorista; y (iii) que estas ofertas no contengan diferencias arbitrarias;

Cuadragésimo séptimo: Que habiéndose determinado el sentido y alcance de la medida establecida en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, a continuación corresponde examinar el tercer aspecto mencionado en el considerando trigésimo, esto es, determinar si las ofertas de Claro y Entel fueron efectivamente formuladas de acuerdo con lo dispuesto en la Medida;

Cuadragésimo octavo: Que, atendido que el examen que sigue está destinado a determinar si Claro y Entel, individualmente consideradas, han infringido lo ordenado en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, el análisis de cada una de las conductas demandadas no requiere seguir cada uno de los pasos que habitualmente se utilizan para determinar si un agente económico ha incurrido en una conducta exclusoria. Por lo mismo, 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 la Excm. Corte Suprema. Por esta razón, las alegaciones de Claro y Entel de no haber incurrido en ninguna conducta anticompetitiva por carecer de una posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil no serán acogidas;

Cuadragésimo noveno: Que, según se ha establecido, el incumplimiento demandado por Telestar sólo pudo ocurrir a partir de abril de 2012, por lo que no se considerarán las ofertas previas a esa fecha;

Quincuagésimo: Que, en primer lugar, como ya se anticipó en el considerando trigésimo cuarto, Claro y Entel no estaban obligadas a formular una oferta de facilidades y una de reventa de planes, sino que pueden realizar cualquiera de las dos, o ambas. Por esta razón, la alegación de Telestar, en el sentido que estas demandadas debían formular ambos tipos de ofertas, será desestimada;

Quincuagésimo primero: Que, resuelto lo anterior, se analizará un primer aspecto que, de acuerdo a Telestar, configuraría el incumplimiento: la negativa de venta imputada a Entel. De acuerdo con la demandante, Entel le habría negado la venta porque habría dilatado las conversaciones al exigirle la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, *“condición que abiertamente incumple la sentencia de 23 de Diciembre, que no condicionó la entrega de la oferta a exigencia alguna”*. Entel, por su parte, señala que no negó la venta y que la acusación de Telestar es abiertamente contradictoria ya que, por un lado, la acusa de haberle negado la entrega de una oferta mayorista y, por otro, la acusa de que su oferta es discriminatoria y estrangula márgenes. En cuanto a la confidencialidad solicitada,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala que efectivamente existió un proceso de negociación con Telestar, que incluyó la suscripción de acuerdos de confidencialidad y que le envió tres ofertas comerciales y cartas que comunicaban modificaciones;

Quincuagésimo segundo: Que, en particular y de acuerdo a lo señalado en los considerandos vigésimo segundo y trigésimo primero, la Medida se hizo exigible el 16 de abril de 2012, por lo que no pudo haber existido un incumplimiento de ella dadas las negociaciones sostenidas entre Telestar y Entel el año 2011 y principios de 2012, según consta en las cadenas de correos electrónicos, acompañados por la demandante a fojas 39 y 422;

Quincuagésimo tercero: Que, al respecto, no está controvertido que Entel y Telestar firmaron dos acuerdos de confidencialidad, uno el año 2011, antes de que la medida tuviera vigencia, y el otro a fines de 2012, una vez que la obligación era exigible. Consta del Expediente Traído a la Vista, que esta confidencialidad fue solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. En dicho proceso el testigo Sr. Paulo Oyanedel, funcionario de la FNE a cargo de la investigación Rol N° 2078-12 acompañada a fojas 2724, señaló a fojas 4136 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”. También constan en dicho expediente antecedentes que acreditan que la solicitud de un acuerdo de confidencialidad, previo a la entrega de ofertas de facilidades, era una práctica usual de los OMRs, exigida a todo aquel que quisiera acceder a dichas ofertas (documentos acompañados a fojas 1724, 2317, 2380, 2421 y 8185, entre otros);

Quincuagésimo cuarto: Que, en conclusión, el retardo que el demandante dice haber sufrido como consecuencia de la exigencia de suscribir un acuerdo de confidencialidad, está justificado y, por lo tanto, no puede configurarse una negativa de venta reprochable desde la perspectiva de la libre competencia por este motivo;

Quincuagésimo quinto: Que, por otra parte, consta en el proceso que el 16 de abril de 2012, cuando la Medida estaba vigente, las demandadas Claro y Entel ya tenían disponibles ofertas de facilidades o reventa de planes para OMV (documentos acompañados a fojas 422 y a fojas 954);

Quincuagésimo sexto: Que, en este mismo orden de ideas, de los documentos acompañados por Entel a fojas 933, que no fueron objetados por Telestar, se encuentra acreditado en el proceso que: (i) Entel envió una carta a Telestar el 5 de febrero de 2013, con una oferta de enero del mismo año; (ii) el 16 de diciembre del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mismo año le envió una nueva carta con otra oferta; (iii) el 27 de marzo de 2014 le envió otra carta con una nueva oferta; (iv) el 3 de julio de 2014 envió una carta con una modificación a un anexo de la oferta enviada el 16 de diciembre de 2013; y (v) el 4 de diciembre de 2014 le envió una modificación a su última oferta, incorporando la posibilidad de reventa de planes ilimitados con descuento. Estos documentos acreditan que Entel efectivamente *entregó* ofertas de facilidades o reventa a Telestar con posterioridad a la medida ordenada en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema;

Quincuagésimo séptimo: Que, por lo anterior, se encuentra acreditado en estos autos que Entel no se negó a presentar una oferta de facilidades o reventa de planes a Telestar y, por consiguiente, no ha existido un incumplimiento de la medida por esta acusación;

Quincuagésimo octavo: Que, a continuación, corresponde determinar las otras acusaciones de Telestar, en este caso formuladas tanto a Claro como a Entel, sobre incumplimiento de los criterios de la medida establecida en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, esto es, que las ofertas de dichas demandadas: (i) discriminarían arbitrariamente al estrangular los márgenes de los OMV en relación con las ofertas que Claro hace a los clientes minoristas; y (ii) también discriminarían arbitrariamente a los OMV al exigirles condiciones que no exige a otros clientes, tales como un período mínimo de permanencia, mínimos de facturación y boletas de garantía. Es decir, Telestar acusa a estas demandadas de estrangulamiento de márgenes y discriminaciones anticompetitivas;

Quincuagésimo noveno: Que respecto de la acusación de estrangulamiento de márgenes, como señaló la Sentencia N° 156/2017, se requiere que se cumplan los siguientes requisitos para que prospere una acusación por esta conducta: (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);

Sexagésimo: Que, como también se señaló en la Sentencia N° 156/2017, Claro y Entel se encuentran integrados verticalmente, pues participan en los mercados mayorista y minorista de telefonía móvil, y los OMV necesitan acceder a las facilidades o planes de reventa que los OMRs ofertan en el primer mercado para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

poder ingresar al segundo. Es decir, en el presente caso se cumplen los dos primeros requisitos citados en el considerando anterior. Además, por tratarse de una acusación de estrangulamiento de márgenes que constituiría un incumplimiento de la Medida no corresponde analizar el quinto requisito: los efectos anticompetitivos derivados de la conducta;

Sexagésimo primero: Que en lo que respecta al tercer requisito, para determinar si los precios ofrecidos por las demandadas Claro y Entel permitían el ingreso de competidores eficientes se debe determinar qué se entiende por “competidores o rivales eficientes”. En este sentido, el estándar de eficiencia que debe utilizarse desde la perspectiva de la libre competencia es el de un competidor al menos tan eficiente como las empresas incumbentes. Lo anterior por cuanto este test sirve para 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 permiten establecerse en el mercado minorista y obtener utilidades. Este análisis es económicamente razonable dado que, en ausencia de traspaso de información sensible relativa a los costos, aquellos en que incurre el OMR representan su mejor estimación de los 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 eventual ingreso de competidores ineficientes;

Sexagésimo segundo: Que la demandante no acompañó ninguna prueba para acreditar su acusación de estrangulamiento de márgenes. La única prueba acompañada en autos que dice relación con esta materia es el informe económico acompañado por Claro a fojas 1340. Para el análisis de estrangulamiento de márgenes, dicho informe se remite al cálculo efectuado en el informe acompañado a fojas 6981 del Expediente Traído a la Vista, en que se analiza la factibilidad de un OMV para ingresar al mercado minorista con su oferta de facilidades de junio de 2013, considerando precisamente un test de competidor igualmente eficiente. En este test, el informante realiza supuestos razonables sobre los costos relevantes y los planes que debieran considerarse (planes insignia de Claro), concluyendo que los planes analizados permitían obtener los márgenes que se muestran en el siguiente Cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Márgenes obtenidos 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 | Margen | |
|---------------------------|----------------|------------|
| | Noviembre 2013 | Año 2013 |
| Multimedia 200 | -1% | 17% |
| Multimedia 350 | -3% | 10% |
| Cuenta exacta 14990 | 31% | 59% |
| Cuenta Exacta 18990 | 28% | 50% |
| Promedio Ponderado | 3% | 20% |

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información contenida en los informes acompañados a fojas 1340 de autos y a fojas 6.981 del Expediente Traído a la Vista.

Sexagésimo tercero: Que, de este modo, el autor de este informe 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 aun, cuando promedia estos datos para doce meses, no encuentra planes con rentabilidades negativas y, por lo tanto, concluye que no hubo estrangulamiento de márgenes;

Sexagésimo cuarto: Que como se estableció en la Sentencia N° 156/2017, la oferta de facilidades o de reventa que debe utilizarse para analizar la existencia de estrangulamiento de márgenes es la última disponible antes de la demanda, esto es, la de abril de 2014 (según consta a fojas 4969 del Expediente Traído a la Vista). Sin embargo, las conclusiones del informe acompañado a fojas 1340 no varían, pues la oferta de abril de 2014 contiene condiciones idénticas o más favorables para los OMV que la de junio de 2013, a menos que los planes insignia de Claro hayan cambiado en composición o precio en el período intermedio, lo que no ha sido probado en estos autos;

Sexagésimo quinto: Que, adicionalmente, en el informe de archivo de la Fiscalía, acompañado fojas 1470 en el Expediente Traído a la Vista, se concluye que *“las últimas versiones de las propuestas mayoristas de servicios para la operación móvil virtual, allegadas por Claro, Entel y TMCH a esta investigación, permitirían a los OMV eventualmente interesados competir en la generalidad del mercado”* (página 13). Como el análisis efectuado por la Fiscalía se basa en las mismas ofertas que son relevantes para el caso de Telestar, los resultados presentados en las Tablas N° 2 y N° 5 de dicho informe permiten concluir que no se produjo un estrangulamiento de márgenes por parte de ninguna de las demandadas, en particular de Entel y Claro;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo sexto: Que, en virtud de los argumentos anteriores, la imputación de estrangulamiento de márgenes formulada por Telestar no será acogida, por no haber sido probado los presupuestos necesarios para su configuración;

Sexagésimo séptimo: Que, por consiguiente, no se ha verificado un incumplimiento de la Medida basado en un estrangulamiento de márgenes. A mayor abundamiento, del análisis del informe económico acompañado por Claro a fojas 1340 es posible concluir que las ofertas efectuadas por esta empresa antes de la interposición de la demanda de autos, permitían el acceso de un OMV a la generalidad del mercado de la telefonía móvil con un margen suficiente como para mantenerse en el mercado, lo que es consistente con la finalidad de la Medida indicada en el considerando trigésimo sexto;

Sexagésimo octavo: Que, por último, corresponde examinar las imputaciones de discriminación formuladas por Telestar. En este sentido y de conformidad con las consideraciones quinta y sexta, el examen debe versar sobre si las ofertas mayoristas denunciadas en autos contenían diferencias arbitrarias que impidieron, en los hechos, la entrada de Telestar a la generalidad del mercado minorista de telefonía móvil;

Sexagésimo noveno: Que las discriminaciones imputadas por Telestar a Claro y Entel pueden ser divididas en dos grupos. Por una parte, están aquellas que se refieren a los precios y condiciones comerciales ofrecidas a clientes minoristas y, por otra, aquellas referidas a las condiciones comerciales ofrecidas a los OMV;

Septuagésimo: Que respecto a una eventual discriminación con clientes minoristas, Telestar señala (fojas 52 y siguiente) que *“de la revisión de las ofertas minoristas de Entel, Claro y Movistar que hemos tenido a la vista (por estar en sus páginas web o por haberlas recibido) y sus correspondientes ofertas mayoristas de reventa o de facilidades, se advierte con plena claridad que éstas han discriminado arbitrariamente los precios respecto de los clientes minoristas, lo que conlleva un estrangulamiento de márgenes”*, indicando más adelante que se discriminaría a los OMV porque no exigirían a su cliente más favorecido *“condiciones como período de permanencia, mínimos de facturación, boleta de garantía”*;

Septuagésimo primero: Que Claro señaló en su contestación (fojas 135) que *“los servicios prestados a los OMV no son comparables técnicamente a aquellos prestados a los clientes minoristas”* y que *“existen importantes diferencias de costos asociados a la prestación de ambos servicios”*. Entel, por su parte, indicó (fojas 168) respecto de esta imputación que *“la acusación de discriminación de precios carece*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de toda seriedad al comprobarse que Telestar acusa ser discriminado en relación a los clientes finales de Entel” y que “[l]os clientes finales no tienen una posición jurídica y económica equivalente a un distribuidor mayorista, que sería el rol de Telestar como OMV. No puede pretenderse un trato similar cuando los riesgos envueltos en uno y otro caso son completamente distintos”;

Septuagésimo segundo: Que, tal como se citó en la Sentencia N° 156/2017, 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); en tanto que 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 de condiciones comerciales;

Septuagésimo tercero: Que, en términos generales, en la industria de las telecomunicaciones, 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 se explicó en los considerandos en que se analizaron los mercados afectados, los mercados minorista y mayorista tienen características particulares que los diferencian de manera esencial. Así, como ya se anticipó, los OMV son clientes en el mercado mayorista, pero son oferentes en el minorista;

Septuagésimo cuarto: Que, de este modo y como se señaló en la Sentencia N° 156/2017, las diferencias entre estos dos mercados distinguen a este caso de aquel analizado en la Sentencia N° 88/2009, en el que era posible comparar las ofertas efectuadas tanto por el demandante como por el demandado, atendido que ambas iban dirigidas a clientes finales en el mercado minorista;

Septuagésimo quinto: Que, por lo expuesto, tampoco es posible comparar las condiciones comerciales que los OMRs 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;

Septuagésimo sexto: Que, por las razones anteriores, será rechazada esta parte de la acusación formulada por Telestar a Claro y Entel respecto de la discriminación entre precios y condiciones comerciales ofrecidas a los OMV y clientes minoristas. En otros términos, no es posible justificar un incumplimiento de la Medida en este tipo de discriminación alegado por la demandante;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo séptimo: Que resta por analizar la segunda discriminación alegada por Telestar, quien señala que las ofertas de Claro y Entel no tienen un detalle de las facilidades entregadas, distinguiendo por tipo de OMV, lo cual constituiría una discriminación arbitraria al no distinguir entre OMV *light* y OMV *full*. De acuerdo con la demandante, ésta habría decidido entrar al mercado de telefonía móvil “*mediante la implementación de una red OMV completa*”, es decir, se trataría de una OMV que contaría con instalaciones para prestar los servicios de telefonía móvil, pero “*requería la contratación de la red de acceso a un operador de telefonía móvil con red*”;

Septuagésimo octavo: Que, siguiendo la misma línea argumentativa anterior, las ofertas de facilidades efectuadas por Claro y Entel podrían resultar arbitrariamente discriminatorias si considerasen el cobro de precios iguales por servicios que tienen efectivamente costos distintos para los proveedores. En otras palabras, de lo que se trata es de examinar si las instalaciones o servicios que puede realizar directamente un OMV *full* (como funciones de conmutación, plataforma IN, programación de SIM y facturación, entre otros), importan un ahorro en los costos del OMR cuando entrega acceso a sus instalaciones;

Septuagésimo noveno: Que, un primer elemento de análisis está contenido en el expediente de investigación de la FNE, acompañado a fojas 2724 en el Expediente Traído a la Vista. En el informe de archivo de dicha investigación 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*”. De los documentos acompañados a fojas 41 por Telestar, a fojas 933 por Entel, y de los documentos acompañados por Netline y OPS a fojas 93 y 530 del Expediente Traído a la Vista, se puede apreciar que sus ofertas enviadas a los diversos OMV interesados en una determinada época eran idénticas entre sí. También es posible advertir de los contratos de OMV, acompañados a fojas 1724, 3147, 3166, 3428, 4829, 4895, 5374, 6895, 8186 del Expediente Traído a la Vista, que si bien los términos generales ofertados son los mismos para todos los OMV, existen particularidades para cada contrato que permiten su adaptación a las necesidades de cada contratante, todo en conformidad con lo propuesto por el ente fiscalizador. Adicionalmente, el testigo de Claro Sr. Oyanedel declaró, a fojas 663, que “[...] *nos han llegado [a la FNE] antecedentes de que ha habido negociaciones fuera de esta oferta, tomando la oferta como un marco general y luego negociando ciertos detalles de las mismas*” (fojas 690);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo: Que, tal como se señaló en la Sentencia N° 156/2017, la recomendación de la FNE antes indicada es coherente con el carácter general que deben tener las ofertas, de acuerdo con la medida impuesta por la Excma. Corte Suprema. En la interpretación que se hizo en la aludida sentencia N° 156 sobre la exigencia de generalidad, se declaró que lo buscado era que las ofertas estuvieran dirigidas a todos los tipos de OMV, sin perjuicio que la negociación particular con cada uno de ellos pueda llevar aparejada la necesidad de establecer condiciones específicas, atendida, por ejemplo, la infraestructura con la que dicho OMV cuenta;

Octogésimo primero: Que, en este caso, Telestar no señala expresamente los elementos de red con que contaría y que no requerirían ser contratadas a un OMR. Sólo señala, de manera general, qué facilidades debiera tener un OMV *full*, pero no específica si cuenta con ellas, explicando sólo que aspiraba a ser un OMV de ese tipo. Asimismo, tampoco acompañó prueba alguna respecto de una eventual discriminación a su representada basada en estas razones, por lo que no puede tenerse por acreditada una discriminación de este tipo;

Octogésimo segundo: Que, por todo lo anterior, es posible desestimar un incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema por parte de Entel y Claro basada en la presentación de ofertas discriminatorias;

Octogésimo tercero: Que, como se ha expuesto, la demandante no probó durante el proceso ninguna de sus acusaciones, por lo que la demanda debe ser desestimada. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente, además, que las condiciones comerciales contenidas en las ofertas mayoristas que dieron origen a este procedimiento fueron formuladas en términos abiertos y generales, y utilizadas por otros OMV en sus respectivos ingresos al mercado, existiendo prueba que acreditó el ingreso de al menos ocho OMV al mercado de la telefonía móvil luego de suscribir los correspondientes contratos con los OMR;

Octogésimo cuarto: Que, por todo lo anterior, la demanda de Telestar en contra de Movistar, Entel y Claro 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, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

- 1) Acoger la excepción de prescripción deducida por Telefónica Móviles Chile S.A. a fojas 178; y,
- 2) Rechazar la demanda presentada por Telestar Móvil S.A., con costas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Autos Rol C N° 289-14

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada (S) Sra. Daniela Gorab Sabat.