

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

SENTENCIA N° 153/2016.

Santiago, cuatro de agosto de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 1, el 8 de octubre de 2014, la sociedad Constetel Ltda. (en adelante “Constetel”) interpuso una demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante “Movistar”), imputándole haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (en adelante “D.L. N° 211”). Sostiene que la demandada ha realizado una explotación abusiva de su posición dominante al cortar, sin justa causa ni consentimiento de la demandante, 1.392 líneas asociadas a dos planes de telefonía celular. Agrega que dichos planes constituyen un insumo esencial para la prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* y de otros servicios, no solo por cuanto corresponden a líneas telefónicas sino especialmente por las condiciones comerciales que contienen;

1.1. Señala que Constetel es la principal empresa de entre un grupo de personas naturales y jurídicas que proveen insumos necesarios para la prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* y de otros servicios similares, provistos en condiciones mayoristas a empresas operadoras que prestan, a su vez, servicios a clientes finales;

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

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

1.4. Indica que para prestar sus servicios, Constetel utilizaba 3.040 líneas telefónicas, de las cuales 2.253 fueron contratadas con Movistar. Señala que, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entre ellas, 1.392 son líneas asociadas a los planes MDG 2000 y B5A Sparta (en adelante “MDG”, “B5A” respectivamente y de forma conjunta como los “Planes”), las que fueron cesadas unilateralmente por Movistar el 6 de septiembre de 2014. Señala que este corte se realizó un día sábado, cuando no operan las plataformas de atención telefónica de Movistar y que no afectó a todas las líneas telefónicas asociadas a dichos planes;

1.5. Agrega que al solicitar explicaciones a Movistar, éste le señaló que se debía a un presunto uso fraudulento de dichas líneas y que se les intimidó para que firmaran un documento en el que renunciaran voluntariamente a los planes y los reemplazaran por otros más caros, quitándole toda viabilidad a su modelo de negocios. Indica que Movistar habría intentado hacer parecer que fue Constetel quien solicitó la suspensión de los servicios, al enviarle el siguiente mensaje de texto: *“Estimado cliente con fecha 6/sep/2014 hemos efectuado su solicitud de suspensión voluntaria de servicio. Atte Movistar”*;

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS”;

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

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actualmente ofrece Constetel por carecer de alternativas viables a las líneas cesadas por Movistar;

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Indica que los planes B5A Sparta y MDG 2000 fueron configurados en el sistema de tratamiento de información de la compañía para ser ofrecidos a dos clientes del segmento Empresas, caracterizado por negociar individualmente. Agrega que al pasar la validación interna de estos planes, se detectó que adolecían de anomalías que impedían su comercialización, razón por la cual fueron cerrados, catalogados como nulos y jamás comercializados. Sin perjuicio ello, por políticas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

internas de la compañía, los Planes no pudieron borrarse del software. Las anomalías detectadas eran las siguientes: el plan MDG 2000 debía considerar dos mil minutos por un cargo fijo de \$80.000 + IVA, pero consideró ciento veinte mil minutos por el mismo cargo fijo; y el plan B5A Sparta debía tener un cargo fijo mensual de \$780.000 + IVA e incluir 15.000 minutos, pero se le cargó un precio de \$9.890 + IVA por la misma cantidad de minutos;

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

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

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

2.7. Indica que las líneas asociadas a los Planes fueron suspendidas el 6 de septiembre de 2014, una vez declarada admisible la querrela criminal antes mencionada. Agrega que, con posterioridad a ello, se les ofreció a los clientes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

afectados por el corte reemplazar los planes nulos por uno que se encontrara vigente a esa época, a lo que Constetel se negó;

2.8. Así, el 9 de septiembre 2014 Constetel presentó un reclamo ante la Subtel, solicitando la re-activación de las líneas, más descuentos e indemnizaciones por los días sin servicio. El reclamo fue complementado el 7 de octubre del mismo año. Por resolución exenta N° 1560/14 de 28 de octubre de ese año, la Subtel rechazó que los servicios fueran repuestos con las condiciones de los Planes ordenando, sin embargo, que se repusiera el servicio “*manteniendo las condiciones originalmente convenidas entre las partes previas a la modificación del contrato no acreditado en autos.*” Adicionalmente, ordenó a Movistar efectuar un descuento por los servicios no prestados o restituir lo pagado por Constetel, supeditando el pago de la indemnización por interrupción de servicios a los resultados del proceso penal;

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

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

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

(ii) Aguas abajo, el mercado de servicio de terminación de llamadas. Por el lado de la oferta, en este segmento participan varios actores, entre los cuales está la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demandante y algunas concesionarias con red. Desde la perspectiva de la demanda se encuentran empresas o clientes corporativos que adquieren gran cantidad de minutos. Hace presente que los servicios prestados en este mercado disminuirían significativamente ante el aumento de la demanda por los servicios de transmisión de datos por internet;

2.11. Luego, distingue según si el servicio es fijo-móvil *on-net* o si es fijo-móvil todo destino o fijo-móvil-fijo. En el primero, los proveedores deben contratar planes de minutos de la empresa concesionaria de destino de las llamadas; mientras que, en el segundo, los proveedores pueden contratar planes de minutos con cualquier concesionaria que los ofrezca. Señala que los planes “todo destino” ofrecidos por cualquier compañía son considerados sustitutos más o menos cercanos de los planes que diferencian tarifas según red de destino, ya que los precios de los primeros estarían convergiendo al precio de los segundos por la baja en los cargos de acceso y la prohibición de diferenciar tarifas según red de destino decretada por este Tribunal;

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

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

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

(ii) Los hechos denunciados carecen de la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. En efecto, indica que el corte de los planes es procompetitivo, ya que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elimina una transferencia forzada que otorgaba ventajas competitivas injustificadas e ilegítimas a Constetel;

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

(iv) Su actuación se encuentra amparada en la confianza legítima en la autoridad sectorial, ya que como se señaló más arriba, la Subtel autorizó a Movistar para no reponer las líneas cortadas en las condiciones de los planes nulos;

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

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

4. A fojas 170, por resolución de veinte de enero de 2015 se recibió la causa a prueba y, a fojas 184, se fijaron como hechos pertinentes, substanciales y controvertidos los siguientes: *“1. Estructura y características del o de los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en la demanda; 2. Condiciones, características, número de líneas y fechas de suscripción de los planes o servicios objeto de la demanda de autos y sus eventuales modificaciones; efectividad que los mismos fueron facturados y cobrados por la demandada y período en que esto*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocurrió. Servicios prestados por la demandante con dichas líneas; y 3. Circunstancias, oportunidad, objeto y efectos en la competencia de la interrupción de los servicios o corte de planes objeto de la demanda. Justificación de la misma”;

5. Documentos acompañados por las partes:

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

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

6. Informes acompañados por las partes:

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Prueba testimonial rendida por las partes:

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

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

8. Prueba confesional rendida por las partes:

8.1. A fojas 662 absolvió posiciones el señor Mario Castro Toro, en representación de Constetel (la transcripción de su declaración rola a fojas 757);

9. Exhibiciones de documentos:

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

(i) A fojas 947 la sociedad OPS Ingeniería Limitada exhibió, a solicitud de Movistar de fojas 295, documentos relativos a contratos suscritos con Movistar y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

documentos relativos a contratos suscritos con Entel PCS Telecomunicaciones S.A. para el período que va desde enero de 2010 a esa fecha;

(ii) A fojas 1112, comparecieron las sociedades SISTEK Ltda. e Interlink Global Chile Ltda. a exhibir documentación solicitada por Movistar a fojas 295, indicando ambas que no tenían los antecedentes cuya exhibición se solicitó, ya que durante el período indicado por Movistar –enero de 2010 a esa fecha– no habían celebrado ningún contrato que diese cuenta de existencia de planes con las compañías Movistar, Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.;

9.2. En virtud de la medida para mejor resolver decretada a fojas 336, a fojas 815 y 840 Movistar exhibió cuarenta tomos con facturas emitidas por Movistar a Constetel (julio 2012 a septiembre 2014); facturas emitidas a empresas relacionadas a Constetel (mayo 2012 a septiembre 2014); y facturas emitidas por Movistar a otros clientes relativo a los Planes;

10. Percepciones documentales:

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

11. Oficios de instituciones y autoridades públicas:

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que a fojas 1 Constetel demandó a Movistar por haber infringido el artículo 3 del D.L. N°211, al haber realizado una explotación abusiva de su posición dominante. Dicho abuso habría consistido, por una parte, en realizar prácticas exclusorias mediante el corte de servicio el 6 de septiembre del año 2014 de líneas telefónicas pertenecientes a dos planes de telefonía celular, a saber, los planes MDG 2000 y B5A Sparta (en adelante indistintamente “los Planes”); y, por otra, haber discriminado arbitrariamente a Constetel, ya que el corte habría sido injustificado y realizado sin el consentimiento de ella o de alguna de sus relacionadas. De acuerdo con la demandante, los hechos denunciados son ilícitos porque las líneas telefónicas objeto del corte constituyen un insumo esencial para que ella pueda prestar los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* y otros servicios. La esencialidad de estos insumos derivaría, a juicio de Constetel, no solo de la provisión de dichas líneas telefónicas, sino que, especialmente, de las condiciones comerciales que dichos planes poseían. Alega estar en una relación de dependencia económica con Movistar respecto a estos insumos;

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atingentes al conflicto de autos, la participación que le cabe a la demandada en ellos y sus condiciones de entrada;

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

Quinto. Que, atendido que los Planes no cuentan con diferenciación *on-net/off-net*, a juicio de este Tribunal, el servicio prestado por Constetel con dichos planes es el de reventa de minutos de telefonía móvil “todo-destino”, sea a través de un servicio de terminación de llamadas o, como fue descrito por el señor Mario Castro, por el solo arriendo de la tarjeta SIM. Lo anterior es una consecuencia de que el producto comprado y vendido por Constetel es el mismo –minutos “todo-destino”–, por lo que el servicio de terminación no agregaría valor al producto;

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

Séptimo. Que, por una parte, la demandante definió el mercado relevante del producto como el de los “principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS”, distinguiendo un mercado principal, consistente en la prestación de servicios de telefonía móvil y uno secundario que comprende aparatos o terminales telefónicos móviles necesarios para la utilización de los servicios. Indica que en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado antes definido compiten once empresas, pero que tres de ellas –Movistar, Entel PCS y Claro– concentran en conjunto el 97% de acuerdo con las estadísticas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante “Subtel”) a junio de 2014, teniendo la demandada más del 38% de participación en dicho mercado;

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

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

Décimo. Que la industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante el último tiempo, especialmente con la introducción de los OMV. Lo anterior ha creado un mercado de facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a las redes necesarias, de propiedad de los OMR, para prestar servicios de telefonía móvil a los consumidores finales. Por tanto, a juicio de este Tribunal, la industria de servicios móviles ya no estaría conformada por un mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil –como se señaló en la Sentencia N°104/2010–, sino por un mercado aguas arriba donde se transa el acceso a las redes móviles y por otro, aguas abajo, donde se comercializan servicios de telefonía móvil a clientes finales, el que se describe a continuación;

Undécimo. Que, en conclusión y de acuerdo con lo señalado en las consideraciones anteriores, el mercado relevante de autos es el de la comercialización aguas abajo o a nivel minorista de servicios de telefonía móvil, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todo el territorio nacional. Dentro de dichos servicios no solamente se incluye el tráfico de voz, sino también otros servicios que habitualmente se venden junto al anterior, como el de banda ancha móvil;

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

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

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

Decimoquinto. Que no existe información pública acerca de la proporción que representa la reventa de servicios de telefonía móvil dentro del mercado relevante. Tampoco existe en autos información fidedigna sobre la participación relativa de las empresas revendedoras de servicios de telefonía móvil en este mercado, habiendo sólo una aproximación a ella en el informe de la FNE que rola a fojas 905. Dicho informe establece que la empresa que presta servicios de terminación de llamadas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con más tráfico en términos de minutos de salida desde la red de Movistar sería OPS con un 21,9%, seguida por Intilco con un 10,6%, Voissnet con un 10,4% y Constetel con un 7,6%. Todo ello equivaldría, de acuerdo al citado informe, a menos del 1% del tráfico de salida de la red de Movistar. Esta última cifra es también corroborada por el informe económico acompañado a fojas 1125;

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo. Que Movistar es la empresa con mayor participación en el mercado relevante antes definido, con un 38,7%, seguida de Entel y Claro que tienen una participación de mercado de un 35,6% y un 22,4% respectivamente. También participan en este mercado otras empresas con participaciones menores como Nextel (1,4% de participación), Virgin (0,96%), VTR (0,44%), Falabella Móvil (0,43%), Telsur (0,034%), Netline (0,016%), Telestar (0,014%) e Inter-export (0,004%). Dicha información consta en el informe económico acompañado a fojas 1134, de diciembre de 2014. En consecuencia, de acuerdo a las Guías de Concentración Horizontal de Chile, Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido, entre otros países, se trata de un mercado altamente concentrado a dicha fecha, con un índice de HHI de 3.270;

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

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

Vigésimo tercero. Que, por lo anterior, la indisponibilidad de espectro radioeléctrico para operar, alegada por la demandante, no puede ser considerada como una barrera de entrada al mercado relevante definido en esta causa, esto es, el mercado minorista, ya que en éste no se necesita contar, necesariamente, con espectro radioeléctrico para ofrecer los servicios. Por lo mismo y tal como se señaló

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la consideración décima anterior, el acceso al espectro sólo es necesario para entrar al mercado aguas arriba, en el cual, como se ha dicho, no opera Constetel;

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un insumo como esencial. Por lo mismo, tampoco puede existir la dependencia económica que alega Constetel;

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

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

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

Trigésimo primero. Que, de conformidad con la prueba documental acompañada a fojas 1274, consistente en declaraciones efectuadas ante Notario Público por diversos clientes de Movistar que eran titulares de líneas telefónicas asociadas a los Planes, es posible concluir que el mencionado corte afectó también a clientes distintos de Constetel. Dichos clientes eran personas naturales y jurídicas con giro distinto al de revendedores o de prestadores de servicios de terminación de llamadas;

Trigésimo segundo. Que respecto del corte de servicio a los otros clientes que se indican en la consideración anterior, no hay certeza sobre la fecha exacta en que Movistar efectuó dicho corte. De los antecedentes acompañados en autos solo es posible concluir que algunas líneas telefónicas asociadas a los Planes habrían continuado activas después del 6 de septiembre de 2014 –de acuerdo al acta notarial acompañada por Constetel en el número 4 de la presentación de fojas 51- y que las líneas que continuaron operativas después de tal fecha fueron suspendidas dentro del mes siguiente. Lo anterior se deduce de lo declarado por los testigos Ingrid Poblete González e Iván Benavides Richter y de lo indicado por Movistar en la audiencia pública de 9 de marzo de 2016. En particular, la señora

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Poblete González declaró que *“el 80% se ejecutó los primeros días y los demás hubo algún encolamiento, hubo algunos que corrieron una semana después y tuvimos que pedirle a TI que volviera a generar el proceso”*;

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

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

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

Trigésimo sexto. Que, en consecuencia, el plan MDG tenían un precio promedio por minuto de \$0,67 + IVA y el plan B5A uno de \$0,66 + IVA, los que difieren notoriamente de los precios que se observan regularmente en el mercado de acuerdo con lo señalado en el informe económico acompañado a fojas 1123. La magnitud de esta diferencia es un indicio de que estos planes se estaban vendiendo por debajo de su costo. Esto es confirmado por la diferencia que existe entre los precios de los Planes y los cargos de acceso regulados por la Subtel, los que a esa fecha estaban fijados en \$15,4 por minuto. En efecto, que el precio de los planes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sea menos de un 5% de los cargos de acceso es una prueba muy relevante para concluir que los Planes estaban siendo, sin lugar a dudas, vendidos muy por debajo de su costo de provisión;

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

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE,

1. **RECHAZAR** la demanda de fojas 1 interpuesta por Constetel Ltda.;
2. **CONDENAR** en costas a la demandante por no haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 287-14

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.