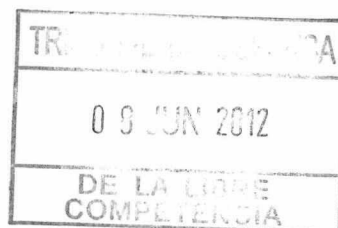


EN LO PRINCIPAL: Se tenga presente; y

EN EL OTROSÍ: Acompaña documentos.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, en autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros”, Rol C N° 139-07, al H. Tribunal respetuosamente digo:

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 39 letra d) del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”), vengo en hacer presente las siguientes consideraciones en relación con las propuestas de ofertas de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales (“OMV”) acompañadas por las tres requeridas de estos autos, solicitando se sirva tenerlas presente al momento de pronunciarse en definitiva acerca de su procedencia y valor:

I. ANTECEDENTES

Por sentencia de 23 de diciembre de 2011, la Excma. Corte Suprema resolvió acoger los recursos de reclamación deducidos en contra de la Sentencia N°104/2010, declarando que las requeridas incurrieron en infracción al artículo 3 del Decreto Ley N°211 y condenando a cada una de ellas a pagar una multa de tres mil (3.000) unidades tributarias anuales además de a presentar en un plazo de 90 días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios (indistintamente, “**lo ordenado por la Excma. Corte Suprema**” o “**la orden**”).

Por resolución de 17 de enero de 2012, el H. Tribunal decretó el cumplimiento de esa resolución, lo que notificó por correo electrónico el 23 del mismo mes.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, el plazo de que disponían las requeridas para presentar sus ofertas vencía el 22 de abril pasado.

Con fecha 11 de abril de 2012, en forma previa al vencimiento del plazo concedido por la Excma. Corte, este Servicio ordenó instruir investigación con el objeto de instar por el cumplimiento del fallo, en aplicación de la disposición contenida en el artículo 39, letra d), del DL 211. En ese procedimiento Telefónica Móviles Chile S.A. ("TMCH") y Claro Chile S.A. ("Claro") presentaron sus propuestas ante la Fiscalía, con fechas 16 y 19 de abril, respectivamente. Entel PCS Telecomunicaciones S.A. ("Entel"), por su parte, allegó su propuesta ante el H. Tribunal el mismo 22 de abril, solicitando se tuviera presente el cumplimiento.

A la solicitud de Entel, el H. Tribunal dio traslado a la Fiscalía; y lo propio hizo en relación con las presentaciones efectuadas por las otras dos requeridas. Con posterioridad, Movistar complementó su presentación, disponiendo el H. Tribunal un nuevo informe de este servicio.

En el presente documento se analiza, en primer lugar, cuál es el contenido que debe atribuírsele a la orden tanto en un sentido formal como en uno sustantivo, así como los caracteres y condiciones que deben presentar las ofertas de las partes para cumplir con ella. En una segunda etapa, se examinan pormenorizadamente cada una de las propuestas presentadas por las requeridas, indicando en cada caso si los documentos presentados se ajustan o no a los parámetros previamente definidos.

II. SENTIDO Y ALCANCE DE LA ORDEN DICTADA POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA

De acuerdo con lo que se ha visto, la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema condenó a las requeridas a presentar dentro del término de 90 días "una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios".

Con la mencionada obligación, la Excma. Corte pretendió prever nuevas negativas injustificadas de venta de las requeridas en relación con los OMV quienes “se han visto impedido de actuar en el mercado pues les ha sido imposible acceder al insumo esencial para la provisión del servicio público de telefonía móvil, esto es, el espectro radioeléctrico; asimismo, no existen condiciones competitivas para acceder a ese insumo ante lo cual un OMV debe obtener oferta de facilidades de modo de hacer efectivas las comunicaciones entre suscriptores de diversas compañías”¹.

De este modo, se advierte que la obligación impuesta por el fallo impone a las requeridas el deber de poner a disposición de los OMV facilidades que les permitan hacer efectivas las comunicaciones entre los suscriptores de diversas compañías; todo ello bajo condiciones generales, uniformes, objetivas y no discriminatorias. De este modo, el fallo ha fijado para éstas un deber de conducta permanente en el tiempo, así como estándares específicos que deberán observar en adelante en su relación comercial con los OMV.

Teniendo en cuenta la extensión de la obligación impuesta por el fallo, por una parte, y por la otra, la variedad de OMV, los diversos modelos de negocios de cada uno de ellos, y los nichos de mercado a los que apuntan, no parece posible que la orden de la Excma. Corte Suprema se entienda satisfecha con la presentación de una única propuesta. Una sola fórmula o condiciones fijas de oferta no serán aptas para asegurar la generalidad, uniformidad, objetividad y no discriminación exigidas por el fallo; y amenazan con volverse inoperantes, carentes de toda eficacia práctica o sujetas a pronta obsolescencia.

Con el objeto de evitar lo anterior, la Fiscalía propone que las ofertas que el H. Tribunal apruebe operen como convenio marco, de manera que puedan ser adoptadas por cada OMV interesado, con la opción de negociar a partir de sus condiciones, las diversas particularidades técnicas y económicas propias de su contrato. Asimismo, que tales ofertas contengan una cláusula que permita hacer extensible a todos los demás interesados, aquellas condiciones que se acuerden

¹ Considerando 14° del fallo de la Excma. Corte Suprema.

en concreto en relación con uno o más de los OMV. Finalmente, que la efectiva implementación de tales condiciones en el vínculo entre las partes quede entregada a la Fiscalía Nacional Económica, quien podrá investigar en cada caso concreto si la conducta de las requeridas ha importado una actuación que se ajusta a la obligación impuesta por el fallo.

III. PRINCIPALES DIRECTRICES QUE DEBEN OBSERVAR LAS OFERTAS DE FACILIDAD Y REVENTA DE PLANES PARA CUMPLIR CON LA ORDEN DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, EN RESGUARDO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las ofertas que propongan las requeridas debieran cumplir con los siguientes principios y reglas para dar cumplimiento a la orden emanada de la Excm. Corte Suprema:

1. Seriedad de las ofertas

En primer lugar, las ofertas que planteen las requeridas han de ser serias, entendiendo que concurre este requisito *“cuando existe el propósito de producir un efecto práctico sancionado por el derecho”*².

En lo que respecta al requisito de seriedad, esta Fiscalía estima que la circunstancia de que las propuestas contuvieran niveles de precios que no permitiesen la operación en el mercado de los OMV, considerando un margen razonable, configuraría evidencia de falta de seriedad de éstas³⁻⁴⁻⁵.

² Víctor Vial del Río (2003) “Teoría General del Acto Jurídico”, página 53.

³ [A.1].

⁴ Cabe reiterar que, según lo ha señalado esta Fiscalía en presentación realizada con fecha 26 de enero de 2011 en el marco del procedimiento no contencioso Rol NC N°386-10, caratulado *“Procedimiento para la dictación de instrucciones de carácter general sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios de telefonía (tarifas on-net/off-net) y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones”*, a efectos de configurar la conducta de estrangulamiento de márgenes, *“no es necesario que el margen sea negativo, es decir, que las tarifas minoristas sean inferiores a las mayoristas, sino que basta que el margen sea al menos insuficiente para cubrir los propios costes de la empresa dominante en la fase descendiente, con lo cual, incluso, no se requeriría acreditar si los márgenes son negativos”*.

⁵ En tal sentido, la Comisión Europea ha señalado que *“un margen negativo, en el que las tarifas mayoristas son más elevadas que las tarifas minoristas, demuestra la existencia de una*

Lo anterior debido a que, sin la existencia de una diferencia razonable respecto de los precios minoristas ofrecidos por las requeridas, los potenciales entrantes al mercado preferirían abstenerse de participar en éste, no expresándose, de esta manera, una voluntad real de llegar a un acuerdo entre las partes.

Complementa lo señalado en los párrafos precedentes la necesaria consistencia entre los niveles de precios ofrecidos por las requeridas a sus clientes minoristas, y los precios presentados en las propuestas. De este modo, a efectos de calificar a una oferta como seria, necesario resultaría que ésta contuviese precios inferiores a los minoristas de la requerida oferente de que se trate; pues de lo contrario la participación de potenciales OMV devendría inverosímil.

2. Completitud de las ofertas

Las ofertas presentadas por las requeridas han de ser completas, entendiendo que ese requisito se satisface en la especie si en los convenio marco se comprenden, al menos, los elementos de la esencia del contrato de que se trate, esto es, aquellos sin los cuales un contrato, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente⁶.

En opinión de esta Fiscalía, tales elementos no pueden identificarse sino, por un lado, con las prestaciones mínimas que caben dentro de los conceptos de “facilidades” y las propias de los “planes de reventa”, necesarios para que los

compresión de márgenes, sin que deban tenerse en cuenta los costes específicos del producto. Cuando el margen es positivo, es decir, cuando las tarifas mayoristas son inferiores a las tarifas minoristas, aún cabe hablar de compresión de márgenes si dicho margen positivo no es suficiente para que el operador tradicional pueda cubrir los costes específicos de producto derivados de la prestación de sus propios servicios minoristas”. Decisión de 21 de mayo de 2003, en el Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG.

⁶ Conforme lo dispone el artículo 1.444 del Código Civil, son “[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”.

OMV puedan ofrecer servicios analógicos y digitales de telefonía móvil⁷, cumpliendo con los requerimientos de seguridad, continuidad, integridad y funcionamiento habitualmente aceptados en la industria; y, por otro lado, con el precio que como correlato han de pagar dichos operadores por tales servicios⁸.

Este Servicio asume que el resto de los elementos, susceptibles de ser calificados como accidentales, han de quedar sujetos a la negociación posterior de las partes contratantes, en consideración de las necesidades que presenten cada uno de los OMV, a partir de las particularidades de las prestaciones que pretendan ofrecer a los usuarios finales⁹.

3. Generalidad de las ofertas

Desde la óptica de esta Fiscalía, el que las ofertas requieran formularse sobre la base de criterios generales implica que éstas tengan como destinatarios directos y finales a la totalidad de los agentes económicos que cuenten con concesión de operador móvil virtual, o que al menos sean susceptibles de contar con dicho tipo de concesión. En otras palabras, las propuestas de oferta deberían encontrar como destinatarios a todos y cada uno de los OMV efectivos, que actualmente cuentan con concesión, y potenciales, vale decir, aquellos que pudieran acceder a la titularidad de una concesión que le permitiese operar como OMV.

⁷ Dentro de tales servicios se incluyen los servicios públicos de telefonía móvil, de acceso a internet móvil y de mensajería SMS y MMS.

⁸ Cabe señalar que en este ámbito, esta Fiscalía coincide con lo planteado por Claro en la cláusula 4.7 de su propuesta, en el sentido de que *“las obligaciones de (i) Pago oportuno de las tarifas, y (ii) Seguridad, continuidad, integridad y funcionamiento, tienen el carácter de cláusulas esenciales de los respectivos Contratos [...]”*.

⁹ Este planteamiento coinciden con lo señalado por esta Fiscalía, en la oportunidad en que hizo presente a V.S. diversas consideraciones respecto de la prueba rendida en estos autos, en el sentido de que *“la entrada de los OMV pasa únicamente por la existencia de un convenio entre éstos y los operadores establecidos, en base a condiciones técnicas y comerciales negociables. Típicamente, para obtener acceso a la red, el dueño de la misma y titular de la concesión del espectro radioeléctrico –incumbente– y el operador virtual entrante, negocian, dependiendo del modelo de negocio, sobre diferentes variables, como el precio de originación y terminación de tráfico, los elementos de la red del operador establecido que el entrante alquilará, la capacidad esperada de uso o tráfico medio del entrante, entre otras”*.

Por otro lado, dentro del ámbito del criterio de generalidad al que se está haciendo referencia, y atendido que para ciertos OMV, actuales o potenciales, pudiera ser necesario acceder exclusivamente ya sea a ofertas de facilidades, o a ofertas de reventas de planes, a efectos de poder operar en el mercado, no resultaría facultativo para las requeridas el presentar únicamente oferta de facilidades u oferta de reventa de planes. Muy por el contrario, éstas debieran tener disponibles para los OMV tanto peticiones referidas a facilidades, como a reventa de planes.

Este planteamiento se basa, nuevamente, en que no resultaría indiferente para los OMV el optar entre ofertas de facilidades y ofertas de reventa de planes, pues en razón de las peculiaridades propias de sus respectivas estrategias de negocio, no les sería posible operar con una u otra de las modalidades señaladas. En otras palabras, este Servicio no observa de qué modo las ofertas pudieran tener como destinatarios a la generalidad de los OMV, actuales y potenciales, si dichas ofertas únicamente tuvieran como objeto prestaciones consistentes en una de esas dos modalidades¹⁰.

4. Uniformidad y objetividad de las ofertas

En adición a ello, debe señalarse que en virtud de la exigencia de uniformidad que contiene la orden, los términos y condiciones que cada una de las requeridas ha incorporado a sus respectivas ofertas, en principio, no deberían presentarse de manera diferenciada respecto de cada uno de los OMV, actuales o potenciales.

¹⁰ El carácter diferenciado de las ofertas de facilidades frente a las ofertas de reventa de planes, y la relevancia de esa diferenciación para los distintos modelos de negocio susceptibles de ser adoptados por los OMV ha sido recurrentemente observado en la experiencia comparada. En este sentido, en un informe de la autoridad de la competencia de Nueva Zelanda se ha señalado que: *"The MVNO agreements that have been signed appear to be relatively "thin", in the sense that the ability of the MVNO to differentiate and offer innovative new retail services is limited. Retail competitors that enter on the basis of resale arrangements are relatively constrained in their ability to engage in independent rivalrous behaviour, especially when compared to facilities-based entry"*. Commerce Commission of New Zealand (2008) *"Telecommunications Act 2001: Schedule 3 Investigation Into Amending the Roaming Service Final Report"*, página 18.

Con todo, sin perjuicio de que las ofertas deben efectuarse sobre la base de criterios uniformes, no debe soslayarse el hecho de que, en virtud de las complejidades propias del negocio de los OMV, y muy particularmente del alto nivel de penetración de la telefonía móvil en nuestro país, tales operadores tenderían a ingresar a competir por nichos específicos, ofreciendo servicios especialmente diseñados para segmentos determinados¹¹.

La circunstancia antedicha situaría muy probablemente a los OMV en la necesidad de requerir de las compañías móviles establecidas prestaciones especiales y diferenciadas. Así las cosas, parece razonable aceptar algún nivel de diferenciación entre ofertas; si, y solo si, las distinciones que tuvieran lugar se efectuasen en observancia a criterios objetivos, tal como, por lo demás, lo exige la misma orden.

5. No discriminación de las ofertas

Por otro lado, y en adición a la exigencia de objetividad en la diferenciación entre ofertas, no debe dejar de observarse el criterio de no discriminación, en cuya virtud las requeridas no podrían *ejecutar acto alguno que implique discriminación o alteración a una sana y debida competencia*, ni tampoco *negar el acceso a los servicios* a los que ya se ha hecho referencia. En el entendido de que en dicho acceso debe imperar un *tratamiento similar y no discriminatorio*, lo que implica que *éste debe efectuarse en términos de igualdad tanto en lo técnico y económico, como en la calidad de los servicios* ofrecidos¹².

¹¹ Dentro de las características del mercado de telefonía móvil que fueron señaladas por esta Fiscalía en el aporte de antecedentes realizado con fecha 5 de septiembre de 2011 en el marco del procedimiento no contencioso Rol NC N°386-10, caratulado "Procedimiento para la dictación de instrucciones de carácter general sobre los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios de telefonía (tarifas *on-net/off-net*) y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones", destaca que se trata de un mercado "relativamente maduro donde el grado de penetración es superior al 100% y donde los espacios de crecimientos son más bien acotados".

¹² Según se ha señalado, el concepto de no discriminación trasciende a la generalidad de ámbitos de la regulación sectorial de las telecomunicaciones y está contenido en diversas normas tanto de la Ley General de Telecomunicaciones como en otras disposiciones reglamentarias, "*encontramos presente este concepto, entre otros, en los siguientes casos: (i) a propósito de los servicios complementarios, en cuya virtud los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a través de cuyas redes se presten servicios complementarios, no pueden "ejecutar acto alguno que implique discriminación o alteración a una sana y debida competencia" entre todos los*

Así las cosas, las requeridas se encontrarían imposibilitadas de desarrollar distinciones arbitrarias tanto en el tipo de prestaciones que se contienen en cada póliza, como en los términos y condiciones en que éstas son ofrecidas.

En ese sentido, en lo que refiere al ámbito económico, en el control del cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema debe velarse no sólo porque los precios de los servicios incluidos en las propuestas no resulten discriminatorios, sino porque además éstos no se erijan como una barrera a la entrada para los nuevos OMV.

En adición a ello, como ya se ha expuesto, el que los precios de las propuestas no permitiesen la operación en el mercado de los destinatarios de las mismas, considerando un margen razonable, configuraría evidencia de falta de seriedad de éstas.

A partir del planteamiento antedicho se deriva, por un lado, la necesidad de resguardar que las condiciones económicas contenidas en cada una de las ofertas sean equivalentes para cada OMV que presente las mismas características y

*que proporcionen servicios complementarios (inciso octavo del artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones y artículo 49 del Reglamento Telefónico). En especial, las compañías telefónicas **no pueden negar el acceso a los servicios** complementarios a los suscriptores o usuarios de otras compañías telefónicas. (inciso séptimo del artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones y artículo 6 del Reglamento Telefónico); (ii) también encontramos este concepto a propósito del acceso de todos los concesionarios al uso de sistemas por satélite y cables internacionales, **en cuanto dicho acceso debe efectuarse en términos de igualdad en lo técnico y económico**, conforme a las condiciones establecidas en la respectiva concesión o permiso, a lo que hayan convenido las partes y a los acuerdos internacionales que se encuentren vigentes (artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones e inciso segundo del artículo 48 del Reglamento General de Telecomunicaciones); (iii) está presente también a propósito de la prohibición de discriminar en el encaminamiento de las telecomunicaciones, consistente en que todas las comunicaciones que se cursen a través de la red pública telefónica deben tener en su encaminamiento un **tratamiento similar y no discriminatorio**, cualquiera sea la red en que se haya generado (nacional o internacional). Este principio se encuentra expresamente recogido en la **prohibición de discriminar que recae en las compañías telefónicas respecto de la calidad de los servicios** que les presten a los portadores y a propósito del suministro de las interconexiones (artículo 12 del Plan Técnico Fundamental de Encaminamiento Telefónico). En general, todo lo relacionado con el sistema multiportador para los servicios de larga distancia está regido por normas que tienden a dar protección frente a actos discriminatorios de modo que en su prestación se mantenga un régimen de libre y sana competencia; (iv) también está presente este concepto a propósito de la interconexión que las compañías locales deben dar a los portadores en los Puntos de Terminación de Red (PTR)", (énfasis agregado). José Ignacio Ovalle (2005) "Derecho de la Telecomunicaciones", página 81.*

requerimientos técnicos y de servicio; y, en segundo término, el que las ofertas de facilidades y reventa de planes que deben presentar las requeridas no contemplen condiciones que desincentiven artificialmente la entrada de los OMV.

6. Ejecución y aplicación de buena fe de las ofertas

Atendido que las ofertas que sean aprobadas sólo contendrán las condiciones y reglas esenciales sobre el vínculo entre las requeridas y los OMV, y que será menester negociar las condiciones concretas en que las mismas serán aplicadas en relación con cada operador, el comportamiento de las requeridas en la ejecución de éstas ha de ser de buena fe. Se entiende que ésta existe si las requeridas se disponen a la celebración de los contratos concretos con agilidad, seriedad e interés.

7. Permanencia y adaptación

Las ofertas que presenten las requeridas, asimismo, deberán permanecer vigentes en el tiempo, y ser adaptadas con el objeto de que se ajusten a los criterios antes mencionados durante todo el tiempo de su vigencia.

IV. FORMA CONCRETA DE IMPLEMENTAR LOS PARÁMETROS ANTES MENCIONADOS

Con el objeto de cristalizar tales criterios en ofertas que sean reales, efectivas y que permanezcan vigentes en el tiempo, esta Fiscalía propone que las ofertas de facilidades y reventa de planes operen como **convenios marco**, que comprendan los elementos esenciales de los contratos, las que sean susceptibles de ser aceptadas por cualquier OMV interesado, con la opción de negociar a partir de dichos escenarios las distintas particularidades técnicas y económicas que pudieran contener los contratos definitivos.

Esta solución permitiría atender a las particularidades de cada OMV interesado, en cuanto a los requerimientos de red y a los diversos nichos de mercado a los que estos deseen apuntar.

Esta Fiscalía observa que los referidos **convenios marco** deberían abordar, mínimamente, sin que la lista sea taxativa, los siguientes aspectos:

- Naturaleza y descripción de los servicios ofertados;
- Detalle de la calidad de los servicios ofertados;
- Precios y costos;
- Fórmulas de reajuste de precios y costos;
- Condiciones en que se establecerían descuentos por volumen;
- Condiciones de cobro por concepto de tráfico mínimo (en los casos que lo hubiere);
- Pago de cargos de acceso (en los casos en que corresponda);
- Detalle de los procedimientos de liquidación y pago;
- Plazos de vigencia para cada contrato;
- Condiciones de renovación de los mismos;
- Condiciones en que se permite su término anticipado;
- Cobertura con que se prestarían los servicios ofertados;
- Establecimiento de tráfico máximo;
- Detalle de la forma en que se han de extender los convenios de *roaming* internacional que han celebrado (y que en el futuro celebren) las requeridas a los OMV contratantes;
- Establecimiento de procedimientos de adaptación previa a la prestación de los servicios; y,
- Régimen y procedimientos de homologaciones.

En adición a lo anterior, a efectos de limitar los posibles espacios a la discriminación que pudieran verificarse en las aludidas negociaciones, a cada una las ofertas se debería incorporar una **cláusula en virtud de la cual cada una de las requeridas se obligue a ofrecer las mismas prestaciones, sujetos a los mismos términos y condiciones, incluyendo precios, a cualquiera de los OMV, actuales o potenciales, interesados en contratar para acceder a facilidades o reventa de planes.**

Esta alternativa pretende que cada OMV pueda acceder a precios análogos al resto de los OMV cuando las prestaciones solicitadas y los términos y condiciones con que éstas sean requeridas, resulten equivalentes entre sí.

Así también este tipo de ofertas deberían hacerse extensivas, en la medida en que evolucione la tecnología, a otras bandas que permitan disponer del servicio de telefonía móvil en términos similares a las ya existentes.

V. EVALUACIÓN PARTICULAR DE LAS PROPUESTAS ACOMPAÑADAS POR LAS REQUERIDAS EN RELACIÓN A SUS ASPECTOS DE FORMA

Teniendo en cuenta las consideraciones expresadas con precedencia, corresponde tener en cuenta las siguientes consideraciones en relación con las propuestas planteadas por las requeridas:

V.1 Propuesta planteada por Claro

1. Con el fin de evaluar si la oferta de Claro es completa, en los términos previamente descritos, debe observarse que la propuesta de Claro detalla las facilidades requeridas para la prestación de servicios de voz, el servicio de datos (incluyendo tanto el tráfico de internet, como el tráfico de datos privados), el servicio de SMS y el servicio de enrutamiento de las llamadas con origen y destino en usuarios OMV en larga distancia internacional.
2. En adición a ello, se incluyen las prestaciones relativas a la evaluación y ejecución de las modificaciones necesarias de red y sistemas, a efectos de incorporar y habilitar la operación de un OMV (incluyendo, "habilitación de la numeración, interconexión de sistemas de gestión de clientes, y otras"), y servicio de altas de usuarios que el OMV indique.
3. En lo que se refiere a la existencia de precios en la propuesta de Claro, cabe mencionar que en ésta se señalan los cargos por tráfico cursado de voz, datos y SMS, desde o hacia los usuarios del OMV. Además del cargo por las altas de usuarios del OMV, facturación mínima mensual, y monto de garantía

a efectos de caucionar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los OMV.

4. En razón de los aspectos evaluados en esta sección, es posible concluir que la propuesta de Claro parecería constituir, en principio, una oferta de facilidades propiamente tal, al menos en términos formales. Sin perjuicio de los análisis que se desarrollan en las páginas que siguen respecto de los elementos sustantivos de la misma, en particular, el referido a su seriedad, en consideración de los precios que ésta contempla.
5. Con todo, debe reiterarse que la propuesta en cuestión se refiere únicamente a una oferta de facilidades, omitiendo formular oferta de reventa de planes, circunstancia que sería exigible a la luz del criterio de generalidad al que alude la orden de la Excma. Corte Suprema.
6. En relación con el plazo de vigencia de los contratos, necesario es observar que la omisión del establecimiento de un plazo máximo, o determinado, para la vigencia de los futuros contratos en la propuesta de Claro, dejando dicho aspecto pendiente de negociación entre esta compañía y los operadores con que contrate, pudiera importar un espacio para discriminar a ciertos OMV que estuvieren dispuestos a contratar por un término menor al eventualmente pretendido por Claro, y superior a los 12 meses que se establecen como plazo mínimo¹³. En este sentido, desde la perspectiva de este Servicio, sería necesario el establecimiento de un plazo máximo, o determinado, sin perjuicio de la existencia de cláusulas de renovación automática.
7. En relación con la fórmula de ajuste de la oferta, en la cláusula 1.6 de la propuesta en comento se establece la posibilidad de que Claro ajuste la oferta *“por motivos de caso fortuito o fuerza mayor que variaren sustancialmente las condiciones que se tuvo a la vista para formular”* la misma.

¹³ Cabe recordar que conforme se señala en la cláusula 1.5 de la propuesta de Claro, *“[e]l plazo del acuerdo entre Claro Chile y el OMV será definido en el contrato, no obstante, este será de a lo menos 12 meses”*.

8. A juicio de esta Fiscalía, una estipulación en este sentido no resultaría problemática en sí, sin embargo preocupa que dentro del concepto de caso fortuito o fuerza mayor que recoge la propuesta se entendieran incorporados, sin que la enumeración sea taxativa, los *cambios tecnológicos, cambios regulatorios y actos de autoridad*, circunstancias que recurrentemente tienen lugar en la industria.
9. Así las cosas, este Servicio no observa de qué modo tales contingencias pudieran configurar un *imprevisto a que no es posible resistir*, conforme a la definición de caso fortuito o fuerza mayor del artículo 45 de Código Civil.
10. En lo que interesa para este análisis, el establecimiento por la vía contractual de hechos supuestamente constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, cuando éstos no son tales, importaría la posibilidad de que Claro ajuste recurrentemente su oferta, lo que eventualmente pudiera dar lugar a que se discrimine entre los distintos OMV dispuestos a contratar.
11. Por otra parte, en la propuesta en comento no se establecen plazos, ni procedimientos a efectos de que se evalúen las modificaciones que resulte necesario realizar en la red y sistemas para incorporar y habilitar la operación de un OMV determinado. La falta de una descripción detallada de los referidos términos y procedimientos pudiera abrir flancos innecesarios de discriminación entre OMV.
12. Además, sin perjuicio de que en la cláusula 2.3 de la propuesta se señala que el cargo por adecuación inicial ha de ser efectuado por una sola vez, su monto queda sujeto al costo de los servicios de la empresa proveedora de la infraestructura central móvil, la que sería definida exclusivamente por Claro¹⁴, lo que eventualmente también podría abrir espacios a posibles discriminaciones.

¹⁴ Toma de declaración llevada a cabo con fecha 14 de mayo de 2012.

13. Otro aspecto que pudiera ser problemático guarda relación con que, según dispone la cláusula 2.5 de la propuesta de Claro, en los casos en que los OMV contratantes deseen comercializar terminales que no se encuentren homologados, resulta facultativo para la oferente realizar las respectivas pruebas de funcionamiento que validen la óptima operación de los servicios y que no afecten el rendimiento de su red.
14. Esta Fiscalía observa que, a efectos de evitar situaciones de discriminación, tales pruebas de funcionamiento deberían establecerse como una obligación para el proveedor de facilidades. Así también debería establecerse con claridad con qué periodicidad Claro estará obligada a actualizar su listado de equipos homologados mencionado en la misma cláusula.
15. Otro aspecto que debe ser destacado es el relativo al desbalance de cargos de acceso al que se hace mención en la cláusula 3.1 de la propuesta objeto de análisis. En ésta se establece que *“En el evento que en las llamadas originadas en la red de Claro Chile correspondiente a clientes del OMV y terminadas en la red de otros OMR, haya un desbalance en contra, respecto del tráfico de entrada del mismo tipo, será de cargo del OMV el pago de los cargos de acceso de cada interconexión móvil que supere dicho desbalance”*.
16. Lo anterior puede generar un desincentivo en la participación por parte de los OMV, debido a la diferenciación existente en cuanto al pago de cargos de acceso, que sólo los efectuaría el OMV en el evento de que sus clientes cursen un mayor número de llamadas a destinatarios a redes de otras compañías, en comparación a las que cursaren dentro de la red de claro, pero no tendría derecho a cobrarlos en el caso inverso.
17. En virtud de lo anterior, a juicio de este Servicio, si Claro estuviera facultado para cobrar a los OMV contratantes por el desbalance en contra, razonable sería que permitiese a tales operadores el cobro por concepto de los cargos de acceso cuando exista desbalance favorable, o simplemente hacerse cargo de todos los desbalances, sean estos positivos o negativos.

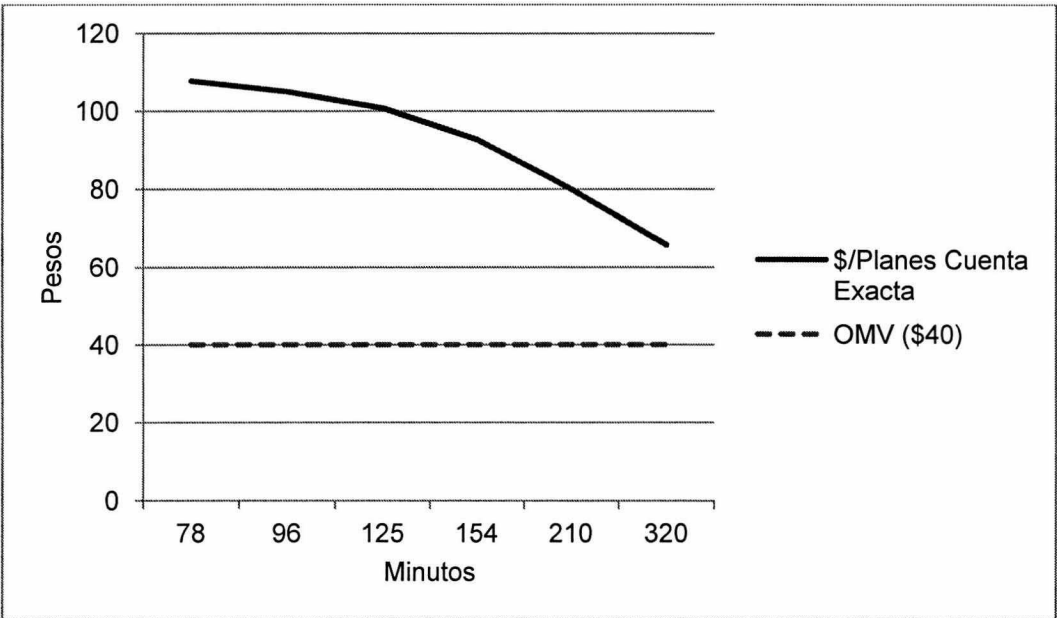
18. Finalmente, conforme se ha señalado, una forma de evaluar si los precios establecidos en la oferta pueden o no resultar exclusorios, en el sentido de no permitir la operación en el mercado de los OMV interesados, considerando un margen razonable, es comparando dichos precios con aquellos efectivamente cobrados en los planes libres ofrecidos por Claro al público general.
19. Lo anterior, respecto de los servicios de voz, se plasma en los gráficos N°1 y N°2, donde se muestra el precio por minuto cobrado en los distintos tipos de planes "Cuenta Exacta Total", en comparación al precio por minuto que esa compañía cobra al OMV de acuerdo a lo estipulado en la oferta de facilidades.
20. Como se aprecia, los precios de los planes que ofrecen una mayor cantidad de minutos son los que más se acercan al precio ofrecido al OMV, pero nunca son inferiores a éste. En particular, existe una diferencia que fluctúa entre el 63% y 39%, entre los precios del OMV y los planes que ofrecen una menor y mayor cantidad de minutos respectivamente.
21. Sin embargo, cabe destacar que, los OMV contratantes no contarían con una comunidad que le permita vender mayormente planes *on-net off-net*, considerando que, al menos en una primera etapa, carecerían de una base de clientes significativa, y que la participación de mercado de Claro es la menor entre los tres operadores móviles con red existentes (23,1%)¹⁵; por lo que es muy probable que tales operadores tendrían que pagar cargos de acceso en la mayoría de las llamadas que se generen. De esta forma, el costo para los OMV no sería sólo el precio señalado en la propuesta de Claro, sino que además se debería adicionar el cargo de acceso, cuando corresponda.
22. Conforme se aprecia en el Gráfico N°2, si es que los cargos de acceso se adicionan a los precios señalados en la propuesta de Claro, el costo por

¹⁵ Participación de Claro a diciembre del 2011, según información de la subsecretaría de Telecomunicaciones, disponible en www.subtel.gob.cl

minuto para los OMV terminaría siendo superior a los precios ofrecidos a público en los planes “Tarifa Libre”.

Gráfico N°1

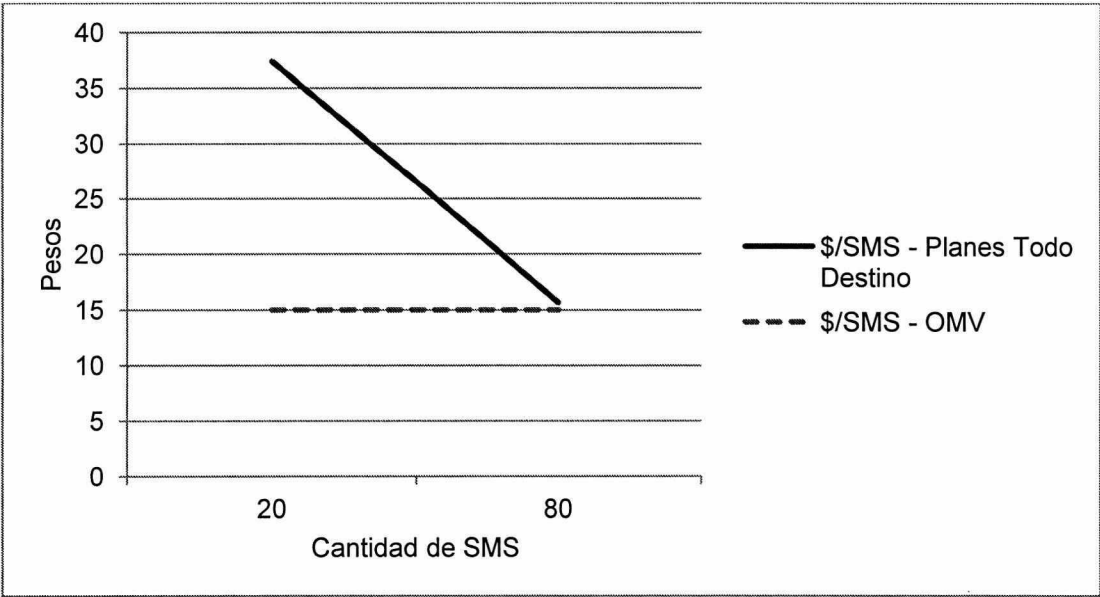
Comparación tarifas planes post-pago libres de Claro y tarifas ofrecidas a OMV sin cargo de acceso



Elaboración propia en base a la propuesta de facilidades de Claro e información disponible en su página web.

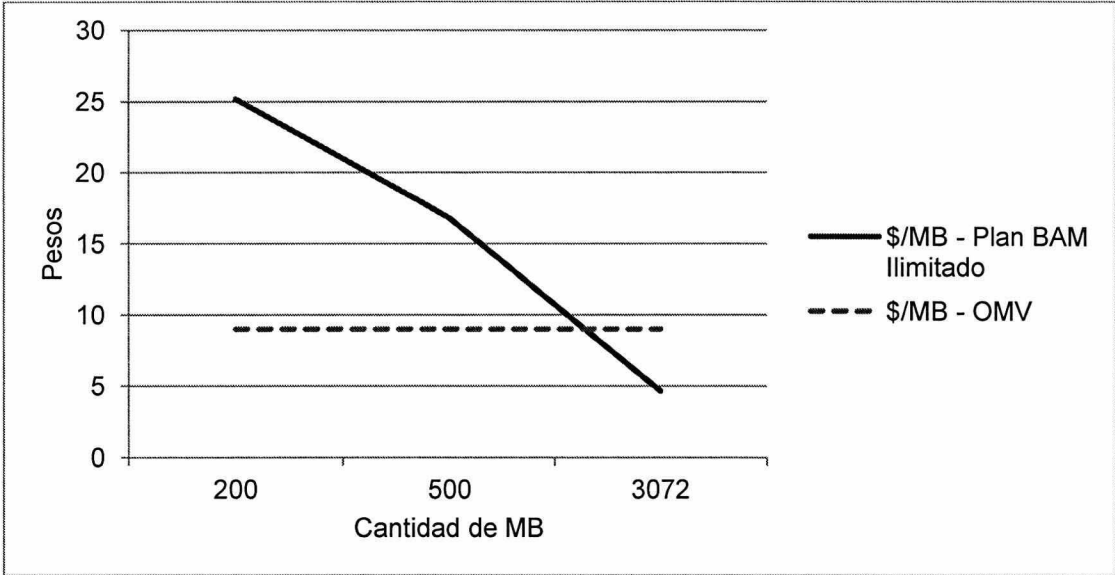
23. Respecto de las tarifas de los mensajes de texto y datos, los gráficos N°3 y N°4 presentan la comparación de tarifas ofrecidas a los OMV y las efectivamente cobradas a los clientes de claro mediante los diversos planes disponibles.

Gráfico N°3
Comparación tarifas planes post-pago y bolsas SMS todo destino de Claro y tarifas ofrecidas a OMV



Elaboración propia en base a la propuesta de facilidades de Claro e información disponible en su página web.

Gráfico N°4
Comparación tarifas planes post-pago BAM ilimitada de Claro y tarifas ofrecidas a OMV



Elaboración propia en base a la propuesta de facilidades de Claro e información disponible en su página web.

24. En el caso de los mensajes de texto, los OMV sólo podrían competir con la bolsa o plan de 20 SMS ofrecido a sus clientes por parte de Claro, existiendo una diferencia de 60% entre el precio minorista y mayorista, pero en el caso de la bolsa de 80 SMS, los precios son prácticamente equivalentes, existiendo una diferencia de sólo 4%.

25. Respecto de la Banda Ancha Móvil, el OMV contratante sólo podría ser competitivo en el caso de los Planes de 200 Mb y 500 Mb, ya que el precio minorista es inferior al mayorista para el plan de 3Gb, el que posee un precio a público general de \$5/Mb, mientras que la propuesta tarifica a \$9 el Megabyte.
26. De esta forma, la tarificación tanto de los servicios de voz, SMS y datos tienen el potencial de transformarse en condiciones exclusorias, desincentivando la entrada de potenciales OMV, razón por la cual, a juicio de esta Fiscalía, debe observarse el cumplimiento requisito de seriedad de la oferta, en los términos previamente señalados, parece, al menos, discutible.
27. A modo de conclusión de las consideraciones contenidas con precedencia es posible señalar en relación con la propuesta presentada por presentada por Claro:
 - a. En cuanto a los aspectos formales sin perjuicio de que, en principio aparece como completa, en los términos que han sido expuestos, ésta únicamente se refiere a facilidades, omitiendo formular oferta bajo la modalidad de reventa de planes, incumpliendo el requisito de generalidad de las ofertas que estableció la orden de la Excma. Corte Suprema.
 - b. Por otro lado, dentro de los aspectos sustantivos de la propuesta de Claro que desatenderían los criterios en los que deben basarse las ofertas, destaca la falta de determinación en el plazo para la vigencia de los contratos, la fórmula de ajuste de la oferta, la falta de estandarización de procedimientos de adaptación a la red, las condiciones que observan los procedimientos de homologación y el tratamiento a los desbalances de los cargos de acceso.
 - c. En lo que respecta a los precios contenidos en esta propuesta, si bien no son discriminatorios, su nivel, en ciertos segmentos, podría excluir el ingreso de potenciales OMV al mercado, por lo que el

cumplimiento del requisito de seriedad de la oferta parece, al menos, discutible. Adicionalmente, no transfiere las economías de escala o de red, al no presentar descuentos por volumen.

- d. Con todo, cabe hacer presente al H. Tribunal que un representante de Claro, en el marco de la investigación Rol N° 2078-12 FNE, expuso que **[A.2]**¹⁶.

V.2 Propuesta planteada por Entel

1. En cuanto a si la propuesta de oferta de Entel es completa, debe observarse, en primer término, que ésta incorpora en principio las prestaciones mínimamente necesarias referidas **[A.3]**.
2. En adición a ello, la propuesta de Entel incluye prestaciones relativas al **[A.4]**, entre otras prestaciones.
3. En segundo lugar, la propuesta a la que se está haciendo referencia detalla pormenorizadamente los distintos precios y cobros a que se obligaría cada uno de los OMV de aceptar dicha policitud. En este sentido, se incluyen los precios por concepto de **[A.5]**.
4. Así también, se detallan los montos de los cargos por **[A.6]**.
5. En virtud de lo expuesto, debe concluirse que en principio la propuesta de Entel, en cuanto reventa de planes, constituiría una oferta propiamente tal, al menos en términos formales. Sin embargo, dicha compañía no presentó oferta de facilidades, incumpliendo la orden de la Excma. Corte Suprema en tal sentido, que estableció que las referidas ofertas debían ser generales, como ya se señaló.

¹⁶ Toma de declaración llevada a cabo con fecha 24 de mayo de 2012.

6. Cabe advertir que la propuesta de Entel establece que la oferta debe aceptarse de manera pura y simple, en conformidad al formato que se incluye en el tercero de sus anexos, y que la aceptación condicional por parte de un OMV respecto de cualquier aspecto de la oferta se entenderá como un rechazo a la totalidad de sus términos y condiciones.
7. Como se observa, esta formulación suprime cualquier alternativa de negociación, lo que junto con oponerse a la flexibilidad en el diseño contractual que requerirían los OMV, atendida su peculiares necesidades, pudiera implicar inobservancia al criterio de generalidad al que alude la Excma. Corte Suprema en su orden.
8. En otros términos, la propuesta en comento únicamente estaría destinada a cierto tipo de OMV, y no a la generalidad de ellos, atendido que, en principio, la rigidez de su formulación no resultaría permeable por la vía de la negociación.
9. En otro ámbito, la propuesta de Entel carece de un protocolo estandarizado que comprenda los requerimientos técnicos que resultan relevantes a efectos de determinar los puntos en que el OMV contratante se debe conectar a su red, circunstancia que pudiera dar espacio a discriminaciones de parte del oferente.
10. En adición a ello, en la cláusula 1.9 de la propuesta de Entel se señala que dicha compañía no sería responsable ante los suscriptores, usuarios, terceros y autoridades competentes de las obligaciones implicadas en la calidad de concesionarios de los OMV contratantes.
11. Entendemos que dicho planteamiento no obstaría al ejercicio de las acciones indemnizatorias que pudiera emprender cada uno de los OMV contratantes en contra de Entel, con el objeto de perseguir la responsabilidad que le asistiere a esta compañía en los casos en que ésta ocasionare el incumplimiento de las obligaciones del OMV de que se trate.

12. Lo problemático de esta solución, a juicio de este Servicio, es que, conforme se observa de la cláusula 15.5 de la propuesta, Entel limita su responsabilidad al daño emergente, excluyendo expresamente cualquier otra forma de daño. Por otro lado, en la misma cláusula se establece que *“la responsabilidad total de Entel por uno o más eventos dentro del período de un mismo años calendario, estará limitada a una suma equivalente al 10% del monto del cargo mínimo multiplicado por doce meses, contados desde el hecho que dio lugar a la responsabilidad de Entel”*. La particularidad que se describe opera como un importante desincentivo para que los OMV contraten con este oferente.
13. Otro aspecto que amerita ser destacado dice relación con que en la propuesta se omite señalar si Entel cuenta con una lista de equipos homologados a los que pueden acceder los OMV, y en el evento de que esa lista existiese, no se señala con qué periodicidad ésta sería actualizada.
14. Esta falencia abre espacios a posibles discriminaciones en el acceso a los terminales que se encuentren efectivamente homologados, contingencia de relevancia no menor si se considera que dentro de los aspectos en que pudieran intentar competir los nuevos entrantes al mercado móvil debería encontrarse, precisamente, la variedad de terminales disponibles para acceder a sus servicios.
15. A esta Fiscalía también le preocupa el hecho de que en la propuesta objeto de evaluación Entel se reserve el derecho a modificar unilateralmente los planes tarifarios ofrecidos, dando aviso al OMV de que se trate, con al menos 90 días de anticipación a la fecha en que se haga efectiva esa modificación.
16. La preocupación radica en que, sin perjuicio que en la misma cláusula se señala que aquella facultad no podría ser ejercida en forma discriminatoria o abusiva, no se observa como tal garantía pudiera hacerse efectiva por los OMV contratantes.

17. Por otro lado, debe observarse que en su propuesta Entel omite precisar la manera en que se ha de determinar la denominada Tasa Máxima de Desviación, circunstancia que reñiría con lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, por generar instancias injustificadas de posibles discriminaciones.
18. En este mismo ámbito, a juicio de este Servicio, resultaría deseable que en la oferta definitiva se señalase el procedimiento a través del cual se ha de determinar la compensación a la que se alude en la cláusula 3.5, además de la forma en que se haría efectivo dicho pago.
19. En adición a ello, cabe advertir la complejidad que pudiera implicar para los destinatarios de la propuesta el hecho de que la denominada Tasa Máxima de Desviación sea susceptible de ser determinada por Entel con posterioridad a la suscripción del contrato de reventa de planes, pasando a constituir, dicho indicador, parte integrante del referido instrumento, conforme lo dispone la cláusula 3.5, antes citada. Esta circunstancia implica, a todas luces, un importante desincentivo para aceptar una oferta del tenor de la que se propone.
20. Por otro lado, cabe hacer presente que la propuesta de Entel incorpora una cláusula de exclusividad, en virtud de la cual el OMV contratante no podría celebrar contratos de provisión de servicios análogos a los que son objeto de la propuesta de oferta en comento, prestados por otro concesionario del servicio público de telefonía móvil. Esta Fiscalía no observa justificación razonable en la inclusión de este tipo de cláusula, la que junto con desincentivar la contratación entre Entel y los OMV, implica discriminar a los operadores que ya han celebrado convenios análogos con otros concesionarios.
21. Además, este servicio observa que el establecimiento de un plazo mínimo de 36 meses para la vigencia de los convenios susceptibles de ser celebrados si es que prosperase la propuesta objeto de la presente evaluación, atentaría en contra del criterio de generalidad que debe observar cada una de las ofertas, conforme lo ordenado por la Excma. Corte Suprema. Ello puesto

que, dadas las particularidades y escalas propias del negocio de los OMV, es probable que algunos interesados estén únicamente capacitados para apostar por ingresar al mercado durante plazos menos extensos.

22. En lo que se refiere a los precios de la oferta, la compañía establece una tabla que contiene **[A.7]**. Los montos de los precios contenidos en tales planes habrían sido establecidos considerando los precios de algunos planes que ofrece al público general, ya existentes en el mercado minorista, menos el un porcentaje por concepto de gastos de administración y ventas, más un margen que se asigna Entel¹⁷.
23. A dicho respecto, considerando que existen **[A.9]**, la oferta de Entel crea los incentivos para que la competencia se produzca sólo en los esfuerzos de venta.
24. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el OMV debe utilizar su propia marca, la oferta de reventa de planes no permitiría competir a los OMV realmente, ya que tendría que captar clientes de las características de Entel, con planes que ya ofrece dicha compañía, con una nueva marca, sin el posicionamiento y grado de fidelización que ya posee este Operador Móvil con Red.
25. En relación a lo anterior, debemos hacer presente a S.S. que no fue posible hallar los planes sobre los cuales se habría basado Entel para establecer los precios de los planes de reventa establecidos en la propuesta que se está analizando en el sitio *web* de dicha compañía¹⁸, ni tampoco planes con características similares, no pudiendo corroborar que los precios hubieren sido determinados aplicando el descuento antes aludido.
26. De esta forma, para establecer si los precios permitirían o no a los OMV ser competitivos, se comparan las tarifas de las alternativas contenidas en la

¹⁷ **[A.8]**.

¹⁸ http://personas.entel.cl/PortalPersonas/appmanager/entelpcs/personas?_nfpb=true&_pageLabel=P800533501267216248785 [última visita: 31 de mayo de 2012].

oferta de reventa de planes con los precios de los planes libres ofrecidos a público.

27. En lo referido a los servicios de voz, los gráficos N°5 y N°6 presentan la comparación de tarifas entre los precios ofrecidos en las diversas alternativas de la oferta de reventa de planes, y los diferentes planes “Tarifa Única” y “Mi Primer Plan Tarifa Plana” existentes en el mercado.

Gráfico N°5

Comparación tarifas planes post-pago Tarifa Única de Entel y tarifas ofrecidas a OMV sin cargo de acceso

[B.1]

Gráfico N°6

Comparación tarifas planes post-pago Mi Primer Plan Tarifa Plana de Entel y tarifas ofrecidas a OMV sin cargo de acceso

[B.2]

28. Se desprende de los gráficos anteriores que en el caso de los planes “Tarifa Única”, la mejor alternativa para replicar dicho plan, le permite un margen de **[A.10]** al OMV en el caso del plan de **[A.11]** minutos, y sólo **[A.12]** para el plan de **[A.13]** minutos, siendo superior el precio mayorista al ofrecido a público en el caso de planes de mayor tráfico. Esto implica que sería muy dificultoso competir para el OMV con los propios clientes del Operador Móvil con Red en los planes de menor cantidad de minutos, y no podría hacerlo en los segmentos de mayor tráfico.
29. Respecto de “Mi Primer Plan Tarifa Plana”, si bien los precios mayoristas son inferiores a los minoristas, los márgenes de operación disponibles para el OMV variarían entre un **[A.14]** y **[A.15]** aproximadamente.
30. En lo referido a los mensajes de texto (ver Gráfico N°7), las alternativas ofrecidas por Entel excluirían totalmente al OMV potencial, debido a que sólo podrían competir en el envío de mensajes individuales, ya que el precio

mayorista es superior al minorista cuando se compara con las bolsas o planes de SMS existentes a público general.

Gráfico N°7

Comparación tarifas planes post-pago y bolsas SMS todo destino de Entel y tarifas ofrecidas a OMV

[B.3]

31. Las tarifas de Banda Ancha Móvil por su parte, resultan ser en su totalidad potencialmente exclusorias, siendo los precios mayoristas superiores a todas las tarifas ofrecidas a público general tanto en planes ilimitados como controlados (ver gráfico N°8 y N°9).

Gráfico N°8

Comparación tarifas planes post-pago BAM ilimitada de Entel y tarifas ofrecidas a OMV

[B.4]

Gráfico N°9

Comparación tarifas planes post-pago BAM controlada de Entel y tarifas ofrecidas a OMV

[B.5]

32. De esta manera, a pesar de constituir una oferta, en principio, no discriminatoria, sí posee la potencialidad de tener un efecto exclusorio, en el sentido de que no permitiría la operación en el mercado de los OMV, considerando un margen razonable.
33. En razón de tales antecedentes, a juicio de esta Fiscalía, la propuesta de Entel no cumple con el requisito de seriedad, previamente referido, no pudiendo ésta ser calificada como tal.
34. A modo de conclusión, en relación con la propuesta presentada por Entel:

- a. No obstante, en principio ser susceptible de ser calificada de completa, en los términos que han sido expuestos, ésta únicamente se refiere a reventa de planes, y no a facilidades, circunstancia que, como se ha señalado, incumple el requisito de generalidad de las ofertas que establece la orden de la Excma. Corte Suprema.
- b. En otro ámbito, dentro de los tópicos de contenido de la propuesta de Entel que reñirían con los criterios en que deben basarse las ofertas, debe resaltarse la existencia de limitaciones a la posibilidad de negociar, la falta de estandarización de los procedimientos de adaptación de red, la configuración de las limitaciones a la responsabilidad de la oferente, las condiciones que observan los procedimientos de homologación, la configuración de la fórmula de ajuste de los contratos y el tratamiento al índice de desviación de consumo.
- c. En cuanto a los precios de voz que expone Entel en su propuesta, sin perjuicio de no resultar discriminatorios entre OMV, en general la diferencia entre precios mayoristas y minoristas, o *retail minus*, no alcanzaría el [A.16], incluso para consumos relevantes de minutos (sobre [A.17]) el precio ofrecido a los OMV resultaría superior al cobrado por Entel a sus clientes minoristas.
- d. En lo que respecta a los precios de banda ancha móvil, el valor ofrecido a los OMV resultaría superior al valor implícito cobrado por Entel a sus clientes minoristas en todos sus planes de banda ancha móvil tanto ilimitados como controlados.
- e. Así las cosas, propuesta de Entel no cumple con el requisito de seriedad, previamente referido, no pudiendo ésta ser calificada como una oferta.

V.3. TMCH

1. TMCH cumple con detallar los servicios básicos que pudieran pretenderse de una oferta de facilidades, atendido que incorpora, entre otras prestaciones, [A.18], etc.
2. En lo que respecta a los precios, sin perjuicio de que en la propuesta original de TMCH se identifica cuáles son los cargos que mínimamente deberían considerar los contratos que se suscriban, el documento se limita a señalar que las condiciones comerciales para la prestación de los servicios objeto de la propuesta en comento se han de establecer de común acuerdo entre TMCH y el OMV contratante, omitiendo señalar montos específicos.
3. Ese defecto fue subsanado con fecha 24 de mayo de 2012, cuando TMCH allegó ante este Servicio documento denominado “ANEXO COMERCIAL A LA OFERTA MAYORISTA DE FACILIDADES PARA SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL DE OPERADOR MÓVIL VIRTUAL (OMV)”, en el que se detallan los diversos cargos, precios y tarifas que cobraría a los OMV que contratasen sus servicios.
4. Cabe hacer presente que esta propuesta se refiere únicamente a facilidades, omitiendo ofrecer reventa de planes, incumpliendo la orden de la Excm. Corte Suprema, la que estableció que las referidas ofertas debían ser generales, como ya se ha señalado.
5. En lo que respecta a los aspectos del contenido de la propuesta de TMCH que pudiera implicar inobservancias a los criterios sobre los que debían basarse las ofertas de las requeridas, en primer lugar cabe destacar que parecería cuestionable que en la propuesta en comento no se defina mínimamente el plazo de implementación de los servicios que contrate el OMV, entregándolo a la libre negociación de las partes, sin límite alguno, y que ésta carezca de definiciones técnicas y operacionales del funcionamiento de los servicios objeto de la propuesta en comento, en forma detallada.

6. En este sentido, esta Fiscalía comprende la necesidad de que existan márgenes de discrecionalidad para la determinación de dicho plazo y de tales definiciones, atendidas las complejidades técnicas que pudieran presentarse en el período inicial de implementación de los servicios. Pero sin perjuicio de ello, su negociación debería circunscribirse dentro de márgenes preestablecidos y conocidos por todos los eventuales OMV, a efectos de evitar espacios de discriminación.
7. Por otro lado, en la propuesta de TMCH se establece que los servicios provistos a través de la red de TMCH a los OMV se encontrarían amparados en la Resolución Exenta N° 1.667 de 2006, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones¹⁹. En dicha resolución se identifica a la *“modalidad de reventa de minutos”*, como aquella a través de la cual operan concesionarios de servicio público telefónico *“que en su operación no utilicen total o parcialmente una infraestructura de red propia o de terceros que gestionen autónomamente, como un centro o nodo de conmutación, y que por tanto, no sean sujetos del derecho-deber de interconexión”*.
8. A juicio de esta Fiscalía, dicha resolución se refiere únicamente a una de las múltiples modalidades con que pueden operar los OMV²⁰, por lo que

¹⁹ A través de dicha resolución se determina el sentido y alcance del inciso final del artículo 25° de la Ley General de Telecomunicaciones y del Artículo 32° del Plan Técnico Fundamental, en relación con los concesionarios de servicio público telefónico que exploten la modalidad de reventa.

²⁰ Conforme se observa en la experiencia comparada, dependiendo de sus componentes los OMV pueden ser categorizados de la manera siguiente:

“Full or Extended MVNOs: operate a core network that is comprised, at a minimum, of a mobile switching center and possibly a transmission network, home location registers, an intelligent network platform, and other network components. Full MVNOs have more independence and greater control over costs, traffic, and subscriber services. On the other hand, they are the most risky type of MVNO because they require relatively large amounts of investment. Full MVNOs cover the whole value chain except for the Access network.

Enhanced MVNOs: are different from full MVNOs as they do not provide all the network elements and from basic MVNOs because they resell the MNOs’ services but provide additional value-added services.

Basic MVNOs: typically do not own network elements, but restrict themselves to customer-care operations, marketing and sales activities, and elements of pricing and billing.

Pure Resellers: do not offer customer care but simply provide marketing and sales functions to the MNO for a commission. As discussed above, we do not consider pure resellers to be MVNOs”.

circunscribir los servicios provistos a los OMV a la misma puede importar una contravención al criterio de generalidad, en los términos en que éste ha sido expuesto en esta presentación.

9. En otro orden de cosas, debe observarse que el plazo de 5 años de vigencia inicial, prorrogable automáticamente por tiempo indefinido, para los contratos que se celebrasen en virtud de la propuesta en comento, pudiera atentar en contra del criterio de generalidad, en atención a que, como ya se ha señalado, dadas las particularidades y escalas propias del negocio de los OMV, es probable que algunos interesados estén únicamente capacitados para apostar por ingresar al mercado durante un término menos extenso.
10. Por otro lado, en nada obsta a la observación planteada en el párrafo precedente el que la propuesta incluya una fórmula de salida, atendido que, a juicio de este Servicio, los montos de la indemnización que debería pagar el OMV de que se trate a TMCH por este concepto resultan excesivos²¹.
11. En relación con los precios, en los gráficos N°10 y N°11 se comparan las tarifas ofrecidas a los OMV con los precios del "Plan Tarifa Plana" y "Plan Club" ofrecidos a público general. **[A.19]**.

Gráfico N°10

Comparación tarifas planes post-pago club de TMCH y tarifas ofrecidas a OMV sin cargo de acceso

[B.6]

Nigel Attenborough, Christian Dippon y Soren Sorensen (2007) "*Mobile Virtual Network Operators (MVNOS) in Israel. Economic Assessment and Policy Recommendation*", página 9.

²¹ La aludida indemnización se calcularía considerando el promedio mensual facturado por TMCH al OMV respectivo en los 12 meses previos al mes en que se produzca el aviso de término del contrato, y un factor que se señala en la tabla que se expone en el numeral 15 de la propuesta, y que varía dependiendo de la fecha de aviso de término por parte del OMV.

Gráfico N°11

Comparación tarifas planes post-pago Control Tarifa Plana de TMCH y tarifas ofrecidas a OMV sin cargo de acceso

[B.7]

12. Por otro lado, en lo que se refiere a los servicios de datos y mensajería, los gráficos N°12 y N°13 presentan la comparación de precios entre lo ofrecido por TMCH a sus clientes, y los precios presentados en la oferta de facilidades.
13. Como se puede constatar, en el caso de los mensajes de texto los precios mayoristas son inferiores a los minoristas, independiente del número de mensajes considerados en las bolsas vendidas a público. Sin embargo, en el caso de la banda ancha móvil, los OMV podrían competir en precios sólo en niveles de tráfico inferiores a 5GB.

Gráfico N°12

Comparación tarifas planes post-pago y bolsas SMS todo destino de TMCH y tarifas ofrecidas a OMV

[B.8]

Gráfico N°13

Comparación tarifas planes post-pago BAM ilimitada de TMCH y tarifas ofrecidas a OMV

[B.9]

14. A modo de conclusión de las consideraciones contenidas con precedencia es posible señalar en relación con la propuesta presentadas por TMCH:
 - a. Dentro de los tópicos de contenido de la propuesta de TMCH que importarían inobservancias a los criterios en que deben basarse las ofertas, puede mencionarse la falta de estandarización de los procedimiento de adaptación iniciales, y lo excesivo que resultaría el plazo mínimo de vigencia de los contratos.

- b. En relación a los precios para transmisión de voz, cabe señalar que estos en principio permitirían el despliegue de nuevos OMV en el mercado al considerar un descuento aceptable respecto de los planes que se ofrecen a clientes minoristas. A mayor abundamiento, es necesario precisar que la única de las requeridas que en la actualidad presenta contratos vigentes con OMV es TMCH, y que las condiciones de los mismos son equivalentes a las presentadas en su propuesta.
- c. Lo planteado en el párrafo anterior resulta extensible a los servicios de banda ancha móvil (bajo 5GB), SMS, MMS, y otros servicios relacionados.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Al concluir este informe, debe reiterarse, en primer lugar, que a partir de las calificaciones que incluye la orden de la Excma. Corte Suprema, ésta en ningún caso podría ser dada por satisfecha con la sola presentación de las propuestas que hemos venido analizando, sin que las mismas sean observadas en la suscripción de la generalidad de los contratos, actuales o futuros, entre alguna de las requeridas y los OMV²².

Por el contrario, en virtud de los criterios de generalidad, uniformidad, objetividad, y muy particularmente, no discriminación, debe asumirse que las propuestas en cuestión deben contener los términos y condiciones, que en lo sucesivo han de regir las relaciones contractuales entre las requeridas y los OMV.

En este sentido, debe buscarse algún mecanismo que haga compatible los planteamientos que han sido expuesto a propósito del análisis de las propuestas, tanto con los contratos ya suscritos, como con aquellos cuyas condiciones se negocian actualmente y los que se han de suscribir en el futuro.

²² [A.20].

A este respecto, esta Fiscalía debe reiterar que, desde su punto de vista, la fórmula que resultaría más efectiva para tal efecto sería aquella consistente en que las ofertas operasen como **convenios marco**, susceptibles de ser aceptadas por cualquier OMV interesado, con la opción de negociar a partir de dicho escenario las distintas particularidades técnicas y económicas que pudiera contener el contrato.

Adicionalmente, las ofertas deberían contener una cláusula en virtud de la cual cada una de las operadoras se obligue a ofrecer las mismas prestaciones, sujetos a los mismos términos y condiciones, incluyendo precios, a cualquiera de los OMV, actuales o potenciales, interesados en contratar para acceder a facilidades o reventa de planes²³. Precizando lo anterior, esta alternativa pretende que cada OMV pueda acceder a precios análogos al resto de los OMV cuando las prestaciones solicitadas, y los términos y condiciones con que éstas sean requeridas, resulten equivalentes entre sí. Esto es, considerando las condiciones de aportación de valor en cada caso particular.

Así también, como se ha planteado, este tipo de ofertas deberían hacerse extensivas, en la medida en que evolucione la tecnología, a otras bandas que permitan disponer del servicio de telefonía móvil en términos similares a las ya existentes.

Tales ofertas, por lo demás, debieran ponerse a disposición de los OMV, y adoptarse por las requeridas un comportamiento de buena fe que haga posible la celebración de los acuerdos específicos que apliquen el convenio marco dentro de un período razonable.

Finalmente, que en conformidad a lo dispuesto por el artículo 39, letras a) y d), del DL 211, esta Fiscalía controlará, de oficio, o previa denuncia, según corresponda, que tanto las convenciones que se suscriban a partir de las ofertas

²³ [A.21].

definitivas de las requeridas, como las negociaciones que antecedan a éstas, observen tales principios.

Lo señalado en esta presentación es todo cuanto esta Fiscalía puede hacer presente en relación a las propuestas objeto de análisis en esta fecha, de manera que lo aquí expuesto no obsta a que este Servicio allegue nuevas consideraciones y antecedentes a estos autos, a partir de los análisis e indagaciones que se encuentra desarrollando en el marco de la investigación Rol N° 2078-12 FNE, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, letra d), del DL 211

POR TANTO, en consideración a lo expuesto y a lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del Decreto Ley N° 211,

SOLICITO A ESE H. TRIBUNAL: tener presente las consideraciones anteriores en relación con las propuestas acompañadas por las tres requeridas de estos autos y ponderarlas al momento de pronunciarse acerca de su procedencia y valor.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Anexo que contiene antecedentes confidenciales a que alude esta presentación y que han sido proporcionados con ese carácter por diversos actores del mercado, debiendo permanecer de ese modo en tanto constituyen información sensible para sus estrategias comerciales, razón por la cual solicito a ese H. Tribunal decrete la confidencialidad de este anexo.
2. Versión Pública sobre información recabada por esta Fiscalía en el marco de la elaboración del informe solicitado por ese H. Tribunal.