

Voces: LIBRE COMPETENCIA - TELECOMUNICACIONES - TARIFA PLANA - TELEFONÍA CELULAR O MÓVIL - LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES - OFERTA - RECURSO DE RECLAMACIÓN - RECHAZO DEL RECURSO

Partes: Telefónica Móviles Chile S.A. c/ Tribunal de la Libre Competencia | Telecomunicaciones - Libre competencia

Tribunal: Corte Suprema

Fecha: 14-abr-2016

Cita: MJCH_MJJ43675 | ROL:8654-15, MJJ43675

Producto: MJ

El pronunciamiento del Tribunal de la Libre Competencia no se basa en la prohibición de discriminar entre tarifas on-net/off-net sino que, por la inversa, se asienta específicamente en que las diferencias de tarifas que puedan derivar de la contratación de un Plan Grupal Monocontratado no derivan de la red de destino de las llamadas, puesto que todas ellas se efectúan exclusivamente dentro de la red de una misma compañía.

Doctrina:

1.- Se rechaza la reclamación interpuesta por varias compañías de telecomunicaciones contra el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que establecía que la diferenciación injustificada de precios a público según la red de destino de las llamadas móviles podía tener efectos restrictivos en la libre competencia. Lo anterior, toda vez que la modificación introducida a las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 por la resolución que se revisa es adecuada, esto es, no afecta la libre competencia, a la vez que las reclamaciones en examen no se encuentran revestidas del fundamento suficiente que justifique su corrección, motivos por los que las mismas serán desestimadas. En efecto las eventuales dificultades que los operadores móviles virtuales puedan enfrentar para replicar Planes Grupales Monocontratados no tienen relación directa con la diferenciación de tarifas según la red de destino y, por lo tanto, con los riesgos para la competencia que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 pretenden resolver, de lo que se sigue que tal materia, por consiguiente, escapa al ámbito del presente proceso. En efecto, el objetivo tenido a la vista por el TDLC al dictar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 y su modificación se vincula con los efectos que, en la libre competencia, podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil basada en la red de destino de las llamadas, también conocida como distinción entre tarifas on-net y off-net.

2.- En el procedimiento de modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, se ha buscado evitar la ocurrencia de los perniciosos efectos que podría provocar la

diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil, sin que haya sido objeto del procedimiento el examen de la conducta de las empresas incumbentes y de las medidas que eventualmente podrían adoptarse, en el caso de que se estableciera su ocurrencia, para corregirla. Tampoco formó parte de las materias examinadas por los jueces del TDLC la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el mercado de la telefonía móvil, puesto que sólo se abordó un preciso y determinado aspecto de la actividad en este ámbito, el que se ha restringido exclusivamente a la llamada distinción entre tarifas on-net y off-net.

3.- No es posible sostener razonablemente, como lo hacen los reclamantes, que en este proceso sea procedente estudiar las dificultades que un operador móvil virtual podría enfrentar al intentar replicar los planes grupales monocontratados que ofrezcan las incumbentes, toda vez que, en lo que interesa al presente recurso, los jueces examinaron únicamente la eventualidad de que se produjeran efectos dañinos en la libre competencia como consecuencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil con motivo de las llamadas efectuadas en una misma red a propósito de un Plan Grupal Monocontratado, único evento en el que permitieron la excepción de que se trata, sin que hayan sido materia de sus reflexiones los inconvenientes que en el ejercicio de su actividad económica han de enfrentar los desafiantes, sea que deriven del número de personas adscritas a un contrato o de la existencia de contratos de arrendamiento con opción de compra de los terminales telefónicos, máxime si los obstáculos descritos por el recurrente se basan en meras conjeturas cuya efectividad no se encuentra asentada.

4.- El recurso de reclamación en estudio debe ser desechado desde que, de ser efectivo que las incumbentes ofrecen precios diferenciados no sólo para los empleados de una empresa sino que también incluyen en el mismo líneas adicionales, para el cónyuge o los hijos del empleado, lo que transformaría, a su juicio, los planes monocontractuales en multicontractuales, tal circunstancia no permitiría excluir a dichos contratos de la regulación contenida en el fallo en examen, toda vez que, tal como quedó expresamente consignado en el mismo, se «entenderá que no están fundadas en la red de destino de la llamada las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los planes de telefonía móvil que incluyan dos o más números o usuarios, contratados por una única persona natural o jurídica, en relación con las llamadas que se cursen entre dichos números o usuarios», definición que no permite entender que el Plan Grupal Monocontratado haya sido restringido en los términos en que lo sugiere el reclamante.

5.- Se desestimaré el recurso en lo que se vincula con la alegación consistente en que las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 afectan gravemente a la libre competencia al no establecer los mecanismos necesarios para que los operadores entrantes puedan competir con las incumbentes en la comercialización de los planes grupales en igualdad de condiciones. Esto, puesto que se debió ordenar a estas últimas presentar a los operadores entrantes ofertas de facilidades que les permitieran comercializarlos con márgenes económicos positivos; que se incorporasen mecanismos para reducir los costos de cambio que implica la portabilidad del plan grupal a otras compañías y que se determinase la cantidad máxima de líneas adscritas al plan grupal. Para llegar a tal determinación se ha tenido en consideración que tales cuestiones inciden en aspectos que no fueron materia de análisis en el procedimiento de modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, toda vez que en la especie se ha buscado evitar la ocurrencia de los perniciosos efectos que podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil basada en la red en que se practican y terminan las llamadas, sin que haya sido objeto del procedimiento el examen de la conducta de las empresas incumbentes ni la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el

mercado de la telefonía móvil.

Santiago, 14 de abril de 2016.

VISTOS:

En estos autos rol N° 8654-2015 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, dictó sentencia el cuatro de junio del año dos mil quince, escrita a fojas 626, por medio de la cual emitió pronunciamiento en el procedimiento no contencioso iniciado de oficio, de acuerdo al N° 3) del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, para analizar la oportunidad y conveniencia de modificar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, relativas a los efectos en la libre competencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía (Tarifas on- net/off-net) y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones, en relación con la aplicación de las reglas contenidas en su letra A), respecto de los denominados planes grupales.

Dichas Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 fueron dictadas en el proceso no contencioso iniciado de oficio en diciembre de 2010 por el mencionado Tribunal, de acuerdo a lo establecido en la disposición antes citada, considerando que la diferenciación injustificada de precios a público según la red de destino de las llamadas móviles podía tener efectos restrictivos en la libre competencia.

La sentencia expedida por el TDLC en el referido procedimiento contiene las llamadas "Instrucciones Generales a las que deberán someterse las empresas de telecomunicaciones en la provisión de servicios de telefonía móvil y en la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones" y en lo que atañe a la diferenciación de tarifas según la red de destino de las llamadas dispuso, en su letra A), dos regímenes diferentes: por un lado, uno transitorio para el período comprendido entre la entrada en vigencia de las Instrucciones y el comienzo de la eficacia del próximo Decreto de fijación tarifaria de los cargos de acceso establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y, por otro, un régimen permanente que regiría a partir de la entrada en vigencia de tal decreto de fijación de cargos de interconexión, conforme al cual las empresas de servicios de telefonía móvil no podrán comercializar planes de telefonía móvil que contengan diferenciación de tarifas o de minutos incluidos en un plan fundado en la red de destino de la llamada.

En el fallo de esta Corte, de 17 de diciembre de 2013, del recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia del TDLC se acogió parcialmente el recurso, modificando sólo lo relativo a las ofertas conjuntas de los servicios de telecomunicaciones.

Encontrándose pendiente la dictación del antedicho fallo de esta Corte, Telefónica Móviles Chile S.A. solicitó al TDLC, el 20 de mayo de 2013, aclarar las Instrucciones en cuanto a si la oferta de "planes grupales" cumplía con las reglas de proporcionalidad establecidas en el régimen transitorio de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, recurso que fue acogido por resolución de 29 de ese mes indicando que "(.) para dar cumplimiento a las reglas A.1 y A.2 de la misma, en el caso de „planes grupales?no deben considerarse en los cálculos correspondientes aquellas llamadas con destino a teléfonos de la misma compañía pertenecientes a números o usuarios adscritos al respectivo plan grupal"; y definió lo que debe entenderse por "plan grupal" para estos efectos bajo dos modalidades, distinguiendo entre aquel plan de telefonía móvil contratado por una única persona natural o jurídica que incluya

dos o más números o usuarios, o bien, aquel plan suscrito por diversos contratantes de una misma compañía de telefonía móvil, sean éstos personas naturales o jurídicas, que formen entre sí un único grupo con el objeto de efectuar llamadas con tarifas especiales aplicables exclusivamente entre los números que lo componen.

Solicitada reposición de esta última determinación por diversas compañías, el 12 de junio de 2013 el TDLC acogió parcialmente dicho recurso eliminando la segunda definición de "plan grupal" contenida en la referida resolución, y redefinió lo que debe entenderse por "plan grupal" para estos efectos, restringiéndolo a aquel plan de telefonía móvil contratado por una única persona natural o jurídica que incluya dos o más números o usuarios.

El 4 de marzo de 2014 Movistar presentó un recurso de aclaración de las Instrucciones de que se trata, por el que pidió precisar si a partir de la entrada en vigencia de los nuevos decretos tarifarios que fijen los cargos de acceso móviles, esto es, durante el régimen permanente, debe eliminarse toda discriminación por concepto on-net/off-net, y si, en consecuencia, los "planes grupales" pueden ser comercializados bajo dicho régimen. Por resolución del 12 del mismo mes el TDLC acogió tal solicitud aclarando que, a partir de la entrada en vigencia del decreto de fijación tarifaria pertinente, los planes de prepago y postpago que comercialicen las empresas de servicios de telefonía móvil no podrán contener diferenciación de tarifas o de minutos incluidos en un plan fundada en la red de destino de la llamada, exceptuando únicamente las llamadas dentro de la misma red que se cursen entre los números contratados por una única persona natural o jurídica y que formen parte de un mismo plan grupal. Sin embargo, recurrida dicha decisión el TDLC la dejó sin efecto por resolución de 26 de marzo de 2014, puesto que la aclaración solicitada respecto de la regla A.4 de la Instrucción N° 2/2012 implica, en los hechos, una modificación a la misma que habría de efectuarse en virtud de un nuevo procedimiento.

En esas condiciones el TDLC dio inicio, de oficio, a un procedimiento no contencioso, de acuerdo al N° 3) del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, para analizar la oportunidad y conveniencia de modificar la referida Instrucción General N° 2/2012 en relación con la aplicación de las reglas contenidas en su letra A) respecto de los denominados planes grupales.

Durante su tramitación aportaron antecedentes a los presentes autos diversas sociedades y organismos, ATELMO A.G., Astro S.A., Orange Chile S.A., la Subsecretaría de Telecomunicaciones, Netline Mobile S.A., OPS Ingeniería Limitada, Nextel S.A., VTR Wireless S.A. y VTR Banda Ancha (Chile) SpA, la Fiscalía Nacional Económica, Entel, Claro, Movistar y el Servicio Nacional del Consumidor.

La audiencia pública respectiva se llevó a cabo el 4 de marzo de 2015 y a fojas 626 se dictó la resolución de término por el TDLC, con fecha 4 de junio de 2015, por la que se decidió modificar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, en el sentido que las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los denominados Planes Grupales Monocontratados no están fundadas en la red de destino de la llamada, agregando a continuación del punto aparte de su regla A.4 la siguiente frase: "Se entenderá que no están fundadas en la red de destino de la llamada las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los planes de telefonía móvil que incluyan dos o más números o usuarios, contratados por una única persona natural o jurídica, en relación con las llamadas que se cursen entre dichos números o usuarios". En consecuencia, los falladores declararon que el texto refundido de la regla A.4 de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 es el siguiente: "4. Las instrucciones contenidas

en esta letra A.- regirán hasta la entrada en vigencia del próximo Decreto de fijación tarifaria de los servicios señalados en el artículo 25 inciso final de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones. A partir de esa fecha, los planes de prepago y post pago que comercialicen las empresas de servicios de telefonía móvil no podrán contener diferenciación de tarifas o de minutos incluidos en un plan, fundada en la red de destino de la llamada. Se entenderá que no están fundadas en la red de destino de la llamada las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los planes de telefonía móvil que incluyan dos o más números o usuarios, contratados por una única persona natural o jurídica, en relación con las llamadas que se cursen entre dichos números o usuarios".

En contra de tal determinación las compañías Netline Mobile S.A., VTR Wireless SpA y VTR Banda Ancha (Chile) SpA, Nextel S.A., Claro Chile S.A. y OPS Ingeniería Limitada, además de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dedujeron sendos recursos de reclamación en contra de la mencionada sentencia dictada del TDLC.

Encontrándose la causa en estado, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que a través de la presente causa se analizó la pertinencia, oportunidad y conveniencia de modificar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, en relación con la aplicación de las reglas contenidas en su letra A), respecto de los denominados planes grupales.

SEGUNDO: Que el TDLC resolvió el asunto mediante la dictación de la sentencia de 4 de junio de 2015, que es la reclamada en autos, en la que, establecida la necesidad y conveniencia de su modificación, se contiene el texto refundido de la regla A.4 de las citadas Instrucciones de Carácter General N° 2/2012.

Para arribar a la decisión de reformar tales instrucciones los sentenciadores tuvieron presente, en primer lugar, que las diversas aclaraciones pedidas por los interesados sobre este particular pusieron de relieve que los agentes económicos requieren mayor certeza jurídica en cuanto a la aplicación de las reglas contenidas en la letra A) de las referidas Instrucciones en relación con los planes grupales. Enseguida destacaron que, con anterioridad a la dictación de las Instrucciones de que se trata, los cargos de acceso producían una diferencia relevante entre el costo que representaba para una empresa el terminar una llamada en su propia red o en una de la competencia, y que por ese motivo se estableció un régimen transitorio, en el que se permitió una diferenciación entre tarifas según red de destino, y otro permanente, en el que no existiría tal diferenciación, y subrayaron que en los nuevos decretos tarifarios dictados por la autoridad el regulador sectorial redujo en un 73% el valor de los cargos de acceso.

Consignaron que, sin embargo, en las Instrucciones materia de su análisis no se realizó un examen específico de los denominados planes grupales, de sus alcances y de los eventuales riesgos que ellos podrían producir en la libre competencia, constatación que los llevó a examinar dos de los formatos que estos planes presentan: uno es el denominado "Plan Grupal Monocontratado", vale decir, aquel plan de telefonía móvil convenido por una única persona natural o jurídica que incluya dos o más números o usuarios; en tanto que el segundo corresponde al "Plan Grupal Multicontratado", esto es, aquel suscrito por diversos contratantes de una misma compañía de telefonía móvil, sean personas naturales o jurídicas, que forman entre sí un único grupo con el objeto de efectuar llamadas con tarifas especiales aplicables

exclusivamente entre los números que lo componen. Establecido lo anterior concluyen que el Plan Grupal Monocontratado puede ser asimilado a un plan individual que incluye diversas líneas, ya que es acordado y pagado por una sola persona, siendo parte de la propia naturaleza de estos planes la existencia de un trato diferente y preferencial entre las distintas líneas que los componen, por ejemplo, porque comparten una bolsa común de minutos que cualquiera de estas líneas puede consumir.

Conforme a lo expuesto agregan que cabe distinguir entre llamadas de tipo on-net, que son las efectuadas entre líneas de una misma empresa de telefonía móvil contratadas independientemente por distintas personas naturales o jurídicas, o por una misma persona natural o jurídica, pero mediante distintos contratos; y, por otra parte, las llamadas de tipo on-group realizadas entre las líneas que pertenecen a un mismo Plan Grupal Monocontratado y destacan que si bien ambas son llamadas que se realizan dentro de la misma red, en el caso de las de tipo on-group ello obedece a la propia naturaleza del Plan Grupal Monocontratado y no al hecho de estar dentro de una misma red. Por lo mismo, determinan que las llamadas on-group realizadas entre líneas que pertenecen a un mismo Plan Grupal Monocontratado pueden beneficiarse de tarifas menores dado el mayor volumen de tráfico cursado entre ellas, lo que podría obedecer a políticas de descuentos por volumen o a otras políticas comerciales. En consecuencia, concluyen que la circunstancia de que su precio sea distinto al del resto de las llamadas que se realizan fuera del grupo es distinta a la situación en que se cobran precios diferenciados entre llamadas on-net y off-net, dado que no se producen ni los costos de cambio ni las ventajas para las empresas con redes de mayor tamaño que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 quisieron evitar.

Esclarecido lo anterior abordan y desestiman las alegaciones formuladas por las empresas VTR, Nextel y Claro relativas a que no existirían nuevos antecedentes que justificarían modificar las Instrucciones de que se trata, señalando que los recursos de aclaración interpuestos y la consulta de Movistar demuestran que se hacía necesario proporcionar instrucciones claras al mercado respecto a la posibilidad de comercializar planes grupales. Del mismo modo descartan el efecto de cosa juzgada sustancial provisional aducido por VTR, basados en que el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 en que se funda dice relación con una materia distinta a la facultad privativa de ese Tribunal de dictar instrucciones de carácter general. Luego de consignar que la diferenciación de tarifas existente en los Planes Grupales Monocontratados no genera efectos de red, subrayan que, en lo relativo a otras hipótesis de planes grupales, existe el riesgo de que éstas provoquen un efecto de red que afecte la libre competencia, ya que podrían generar costos de cambio a los usuarios, lo que, a su vez, dificultaría el ingreso de nuevos competidores al mercado. De acuerdo a tales razonamientos examinan cuál sería la posibilidad real que tendrían las empresas de telefonía móvil con redes de menor tamaño de replicar los planes grupales con las condiciones que ofrecen las operadoras con redes de mayor extensión y al respecto reiteran que la creación de un Plan Grupal Monocontratado, y el eventual éxito en su comercialización, no depende de la cantidad de suscriptores de una empresa de telefonía móvil, de manera que cualquier operador podría ofrecer este tipo de planes, sin que sea necesario que cuente con una masa crítica de clientes para ello, lo que les conduce a establecer que las eventuales dificultades que los operadores móviles virtuales puedan enfrentar para replicar Planes Grupales de esta clase, es decir, Monocontratados, no tienen relación directa con la diferenciación de tarifas según la red de destino y, por lo tanto, con los riesgos para la competencia que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 pretenden resolver.

Por último, subrayan que la existencia de Planes Grupales Monocontratados constituye una

práctica habitual en el contexto internacional.

Conforme a tales antecedentes deciden modificar las mentadas Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, en el sentido de dejar claramente establecido que los Planes Grupales Monocontratados, en cuanto cumplan con tales instrucciones y con las normas de defensa de la libre competencia, no son contrarios al espíritu de dichas Instrucciones, porque las diferencias de tarifas o minutos contenidas en dichos planes no están fundadas en la red de destino de la llamada.

TERCERO: Que en contra de tal determinación dedujo recurso de reclamación, la empresa Netline Mobile S.A. En la primera de sus alegaciones, sostiene que la modificación introducida a las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 pone en serio riesgo la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, estableciendo una barrera de entrada adicional a las ya existentes y creando costos de cambio para el consumidor final. Al respecto sostiene que al permitir los planes grupales a empresas como Entel, Claro y Movistar, que son las incumbentes -en cuanto detentan en conjunto el 97% del mercado y concentran básicamente la totalidad de los tráficos- y que controlan el precio mayorista y minorista de la oferta de servicios de telefonía móvil -estrangulando el margen de los operadores móviles virtuales-, tal circunstancia constituye en sí misma una barrera de entrada adicional para los nuevos competidores e introduce costos de cambios para el consumidor final, lo que se debe, principalmente, a la imposibilidad de los operadores móviles virtuales de ofrecer planes grupales porque los precios mayoristas que les ofrecen las incumbentes no les permiten replicarlos y por la duración de los contratos asociados al servicio público telefónico, como son los relativos a la entrega de equipo terminal, a través de arriendo con opción de compra y sus respectivos subsidios asociados. Aduce que, en consecuencia, debiera impedirse que dichas empresas puedan comercializar este tipo de planes y establecer, además, que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 resultan aplicables solamente a las empresas con poder significativo de mercado, como es el caso de dichas incumbentes.

En la segunda alegación que plantea, estima que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debió dictar medidas que permitan disciplinar la conducta de Entel, Claro y Movistar, de manera de evitar que dichas empresas continúen permanentemente ejecutando prácticas contrarias a la libre competencia, para evitar el desarrollo de los OMV y otros operadores de menor tamaño.

Por último, en la tercera alegación arguye que la regulación asimétrica en beneficio de los nuevos competidores se impone como la única salida viable para fomentar la competencia en el mercado de la telefonía móvil y prevenir las distorsiones y colaborar en disciplinar la conducta contraria a las normas de la libre competencia permanente de las incumbentes.

Termina solicitando que se revoque la resolución de término y se ordene la modificación de la Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 en el sentido de:

A.- Establecer que sus normas serán aplicables únicamente a las empresas con poder significativo de mercado, esto es, Entel PCS Telecomunicaciones Chile S.A., Telefónica Móviles Chile S.A. y Claro Chile S.A.

B.- Establecer que para todos los efectos se entenderá como nueva contratación toda modificación al plan original, aun aquellas relacionadas con elementos accidentales y/o vinculadas a elementos accesorios, como los que dicen relación con la entrega de equipo

terminal a cualquier título.

C.- Ordenar la obligación de control por parte de las autoridades competentes de los precios mayoristas de las ofertas de las incumbentes a Operadores Móviles Virtuales y precios minoristas de éstas a fin de evitar toda práctica de estrangulamiento de márgenes ejercida por las incumbentes en contra de los operadores móviles virtuales.

CUARTO: Que la reclamación de VTR Wireless SpA y VTR Banda Ancha (Chile) SpA, se funda en que los planes grupales monocontratados sí generan costos de cambio que afectan la libre competencia, por lo que no deben exceptuarse de la prohibición de discriminar según la red de destino de la llamada, contemplada en la regla A.4 de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012.

Así, exponen que un entrante con una nula o mínima base de clientes enfrenta mucho mayores dificultades que un incumbente para captar clientes vía planes grupales, pues para que una estrategia de estas características sea efectiva el entrante tendrá que conseguir que todos los potenciales miembros de un grupo acepten cambiarse a dicha compañía y subraya que este argumento es válido aun cuando el plan grupal sea de aquellos contratados por una sola persona, por cuanto incluso en tal caso las preferencias de cada uno de los usuarios adscritos al plan grupal tendrán alguna incidencia en la elección final de la compañía que proveerá servicios al grupo o comunidad.

Destacan que el empleo masivo de contratos de arrendamiento con opción de compra para los terminales telefónicos, diseñados a dieciocho meses y con subsidios importantes al valor de referencia de los mismos, provoca que con frecuencia los consumidores evalúen la posibilidad de cambiarse de operador solamente una vez cumplido el mentado plazo, puesto que si deciden terminar antes sus contratos deben asumir el costo de pagar todas las cuotas remanentes del equipo, máxime si los plazos de los respectivos contratos de arriendo de los equipos terminan en fechas distintas, como sucede habitualmente.

Subrayan que por lo mismo no resulta económicamente plausible para las empresas desafiantes, dadas sus escalas de producción, replicar los planes grupales acorde a las tarifas preferenciales de las grandes compañías, que en algunos casos contemplan llamadas dentro de su misma red con minutos a costo cero.

Enfatizan que la oferta de facilidades o reventa de planes que VTR ha suscrito con un operador establecido (Movistar), se ha firmado asumiendo la prohibición total -sin excepciones de ningún tipo- de discriminación tarifaria on-net/off-net, de modo que no dispone de condiciones que permitan competir bajo el supuesto planteado por la modificación impugnada, la que podría suponer que los operadores móviles entrantes vean estrangulados sus márgenes al tener que soportar el costo de la diferenciación.

Terminan solicitando que se dejen sin efecto las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 y, en su reemplazo, se dictamine que las instrucciones de Carácter General N° 2/2012 deben mantenerse tal como fueron formuladas por esta Corte mediante resolución de 17 de diciembre de 2013 en los autos Rol de Ingreso Corte N° 2506- 2013, sin modificaciones por ahora, declarando expresamente que los planes grupales, incluso en su variante de planes grupales monocontratados, se encuentran proscritos por las mencionadas Instrucciones de Carácter General N° 2/2012.

QUINTO: Que la reclamación de Nextel S.A., asevera, en primer lugar, que dada la estructura altamente concentrada del mercado de telefonía móvil, al aplicarse las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 a todos los participantes de la industria, incumbentes y entrantes, se impide a estos últimos utilizar la única herramienta con que pueden competir, vale decir, los planes grupales con tarifas diferenciadas. Agrega que los incumbentes usualmente ofrecen a una determinada persona no sólo precios diferenciados a los empleados de dicha empresa, sino también la posibilidad de incluir líneas adicionales por afinidad (por ejemplo, del cónyuge, hijos u otros familiares del empleado, etc.), política que permite expandir los planes monocontractuales a multicontractuales, para atraer más clientes a sus propias redes. Arguye enseguida que las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 perjudican directamente el desenvolvimiento competitivo de los nuevos competidores, como su parte, porque la prohibición de discriminar entre tarifas on-net/off-net se aplica a todos los operadores móviles por igual, esto es, incumbentes y entrantes, de modo que la utilización de esta norma respecto de empresas que no tienen la misma participación de mercado genera en los hechos una discriminación arbitraria en perjuicio de las entrantes, que favorece a las empresas incumbentes a consolidar su posición de mercado.

En una segunda alegación destaca que las autoridades de libre competencia de nuestro país tradicionalmente han establecido restricciones en materia de política comercial sólo respecto de empresas dominantes, lo que también debería aplicarse en esta materia, toda vez que quien no cuenta con una posición dominante en un mercado específico no puede estar sujeto a restricciones y tiene el derecho a adoptar conductas comerciales en forma más flexible, precisamente para poder competir con los incumbentes y tratar de desafiarlos. Por último consigna que jurisdicciones comparadas reconocen regulaciones asimétricas en el mercado de la telefonía móvil, distinguiendo entre actores incumbentes y nuevos competidores, para otorgar a las entrantes la posibilidad de establecer tarifas diferenciadas, de modo que puedan ingresar competitivamente al mercado.

Termina solicitando que: a) Se exceptúe a las empresas entrantes, y en particular a Nextel, de la aplicación de la regla A.4. de las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015, por un plazo mínimo de cinco años contado desde que se resuelva esta reclamación, o hasta que los cargos de acceso aplicables a los operadores de telefonía móvil sean iguales a cero; y b) En el evento que la petición principal sea rechazada, se complementen las actuales Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 en el sentido de que se establezca en ellas que los planes grupales multicontrato tampoco están fundados en la red de destino de la llamada y, por tanto, no se aplique a su respecto la prohibición de discriminación contenida en tales Instrucciones, a objeto de permitir a los entrantes ofrecer estos planes y participar de forma más competitiva en el mercado de la telefonía móvil.

SEXTO: Que también reclamó del fallo Claro Chile S.A. aduciendo que no ha existido un cambio en el mercado que justifique modificar lo resuelto por las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 y que, más aun, estima que tales Instrucciones producen cosa juzgada formal, de modo que no se puede alterar lo establecido por resolución firme y ejecutoriada, con la sola excepción que hayan cambiado las circunstancias que se tuvieron a la vista al emitir el pronunciamiento, situación que no concurre en la especie.

En segundo lugar aduce que no existen razones para exceptuar a los planes grupales monocontratados, toda vez que los descuentos ofrecidos en cualquier tipo de plan grupal debiesen seguir las normas generales en materia de libre competencia, es decir, estar establecidos sobre la base de criterios generales, objetivos y no discriminatorios. Así,

manifiesta que entregar mejores condiciones en estos planes por el solo hecho de migrar a todos los usuarios afiliados a un solo RUT a la red del operador resulta arbitrario, discriminatorio y excluyente.

Añade que, por lo mismo, los descuentos o mejores condiciones debiesen establecerse en base a parámetros objetivos, como lo serían los descuentos por volumen, y al respecto sostiene que el Tribunal funda su decisión en una mera especulación, pues no existen antecedentes en autos que permitan concluir que los precios a que accede una "comunidad", derivados de un Plan Monocontratado, corresponden al traspaso de los ahorros y eficiencias del mayor tráfico entre los usuarios de dicha comunidad.

En cuanto a que ésta constituiría una práctica habitual en otros países, alega que el caso de Chile no es asimilable a otras jurisdicciones, atendida la estructura del mercado en la que se presenta un duopolio entre Telefónica Móviles y Entel, especialmente en los segmentos post pago de mayores ingresos, como lo son las empresas y corporaciones, destacando que a diciembre de 2014 esas dos empresas representan el 75% del mercado de los abonados en el indicado segmento.

Por último, expone que la modificación en examen permite subsidios a las comunicaciones on-group/on-net, de manera que importa efectos similares en materia de tráfico telefónico que las producidas por la diferenciación on-net/off-net, ya que tratándose de precios subsidiados sobreestimularán el consumo de comunicaciones en el grupo.

Termina solicitando que se deje sin efecto la sentencia recurrida, permaneciendo las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 con su texto original, sin la referencia a los Planes Grupales Monocontratados que incorporaron las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015. En subsidio, pide que la autorización de diferenciar tarifas y minutos en Planes Grupales Monocontratados se limite únicamente al segmento de personas naturales y PYME, y se prohíba expresamente respecto de personas jurídicas, es decir, para el segmento de empresas y corporaciones.

SÉPTIMO: Que el recurso de reclamación de OPS Ingeniería Limitada sostiene que las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 contrarían el objeto y sentido que tuvo presente el TDLC al dictar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, pues la decisión adoptada favorece a las empresas incumbentes Movistar y Entel PCS.

Al respecto manifiesta que los Planes Grupales producen los mismos efectos anticompetitivos que se quisieron evitar con la implementación de estas últimas, desde que producen costos de cambios para los usuarios y no son replicables por los operadores entrantes. Luego expresa que las instrucciones recurridas yerran al permitir la comercialización de los planes grupales, puesto que constituyen un mecanismo para mantener la diferenciación de tarifas on-net y off-net y no existe razón económica para su procedencia.

Asegura que la decisión de excluir a los planes grupales de la prohibición contenida en la letra A.4 de las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 descansa en meras conjeturas carentes de la certeza o respaldo mínimo necesario al efecto, lo que demuestra el grave yerro en que se ha incurrido en las instrucciones recurridas, particularmente en cuanto a que la diferenciación de precios "podría obedecer a políticas de descuentos por volumen o a otras políticas comerciales", ya que no dan certeza de aquello, ni indican a qué otras políticas comerciales se refieren.

En tercer lugar sostiene que las Instrucciones afectan gravemente la libre competencia ya que no establecen los mecanismos necesarios para que los operadores entrantes puedan competir con las incumbentes en la comercialización de planes grupales en igualdad de condiciones. Asegura que esto es así ya que los operadores entrantes, con las actuales ofertas mayoristas para operadores móviles virtuales que ofrecen las incumbentes, no pueden replicar los planes grupales, puesto que en caso de hacerlo obtendrán márgenes negativos, pese a lo cual las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 simplemente excluyen este vital aspecto competitivo fundándose en que no diría relación con los riesgos para la competencia que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 quisieron resolver. En consecuencia, asevera que al permitir la comercialización de los planes grupales se debió haber ordenado a las incumbentes presentar a los operadores entrantes ofertas de facilidades o reventa de planes que les permitieran vender los planes grupales con márgenes económicos positivos.

Por último, arguye que las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 debieron disponer mecanismos para que los operadores desafiantes puedan competir con las incumbentes en igualdad de condiciones, entre ellas, ordenar a las incumbentes ofrecer a los operadores móviles virtuales ofertas de facilidades o reventa de planes que les permitan replicar los planes grupales con márgenes positivos; incorporar mecanismos para reducir los costos de cambio que implique la portabilidad del plan grupal a otras compañías que ofrezcan mejores precios y/o condiciones; determinar la cantidad máxima de números o líneas adscritas al plan grupal, ya que permitir que en estos planes se contrate una cantidad ilimitada de números beneficia a los incumbentes.

Termina solicitando que se dejen sin efecto o se revoken las Instrucciones, declarando que se acoge alguna de las dos modificaciones propuestas por su representada a las Instrucciones de Carácter General N° 2, consistentes en:

1.- Aplicar la regla contenida en la letra A.4 a los planes grupales, y que se disponga de manera expresa la posibilidad que aquellos ya contratados y que se mantendrán vigentes sean portados a otras compañías, determinando los mecanismos necesarios y las medidas pertinentes para que los operadores entrantes puedan competir con las incumbentes en este segmento del mercado en igualdad de condiciones; o bien, 2.- En subsidio, exceptuar de la referida prohibición a los planes grupales, salvedad que debe abarcar a (i) todos los planes grupales ya contratados y (ii) aquellos que pretendan comercializar en el futuro las distintas compañías de telefonía móvil; y que se establezcan los mecanismos necesarios y las medidas pertinentes para que los operadores de menor tamaño puedan competir en igualdad de condiciones con las operadoras tradicionales.

OCTAVO: Que, finalmente, dedujo recurso de reclamación en contra del fallo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que manifiesta que la modificación introducida a través de las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 representa un retroceso respecto de lo instruido originalmente, arriesgando con ello los beneficios de la eliminación de las barreras a la entrada y sus efectos sobre la competencia en la industria de la telefonía móvil, por cuanto afecta de forma negativa y directa a las empresas desafiantes, particularmente a los Operadores Móviles Virtuales, que, por su naturaleza, quedarían excluidos de competir en este segmento frente a las posibles nuevas estrategias comerciales que eventualmente desarrollarán las empresas incumbentes para mantener cautivos y atraer a nuevos clientes con estos planes grupales.

Explica que, así y conforme a la modificación impugnada, a aquellos grupos de usuarios que

opten por contratar un plan grupal les será más costoso cambiarse de empresa si posteriormente lo desean, ya que en la práctica, adicionales a los costos de cambio asociados a la administración y coordinación de un contrato único, también existen otros referentes a la duración de los contratos de arriendo de los equipos terminales que cada miembro del grupo mantiene. Esto se debe, según explica, a que la duración de tales contratos suele ser de dieciocho meses, los que se renuevan a medida que los equipos se estropean, se pierden, etc., lo que se traduce en fechas dispares de renovación de los mismos, siendo éste un factor relevante para un usuario a la hora de decidir portarse o no a otra empresa de telefonía móvil, lo que influye desincentivando la portabilidad colectiva hacia sus competidores.

Afirma que lo anterior puede verse agravado desde que la modificación incorporada establece como único requisito que los planes sean "contratados por una única persona natural o jurídica", condición que no es exclusiva del postpago, de modo que las incumbentes podrían buscar mecanismos para hacer extensivos los planes grupales al segmento de prepago, con lo cual rápidamente podrían expandirse a la totalidad del mercado. Añade que tales planes afectan el comportamiento de los usuarios al restringir las llamadas dirigidas a usuarios de otras empresas, debido al mayor costo asociado al llamar fuera del grupo o de la misma red.

Por otra parte, estima que la existencia de este tipo de planes fortalece comercialmente a las empresas incumbentes, considerando que los mismos son utilizados de manera estratégica por éstas, impidiendo a los competidores desafiantes tomar acciones que les permitan aumentar su presencia en el mercado, pues pueden, incluso, ofrecer planes grupales con tarifas preferenciales que podrían llegar a tener costo cero.

Enfatiza que estas condiciones no pueden ser fácilmente replicadas por las empresas desafiantes, debido principalmente a su escala de producción y a los mayores costos asociados. En efecto, sostiene que si bien respecto de planes de bajo consumo un operador móvil virtual podría eventualmente replicar una oferta comercial, para planes de mayor consumo los costos de tal replicación superan el precio mayorista cobrado por el operador móvil de red.

Por último, arguye que los últimos decretos tarifarios móviles, cuyas tarifas ya entraron en vigencia y se aplicarán hasta 2019, significaron una rebaja cercana a un 75% de los cargos de acceso móviles para el primer año y aun mayor para el resto de los años del quinquenio, por lo que no hay fundamento objetivo en los costos de terminación de llamadas que justifique tal diferenciación.

Termina solicitando que se dejen sin efecto las Instrucciones, o, en su defecto, que se decrete la medida de mitigación consistente en que se obligue a las empresas incumbentes a ofrecer dentro de las ofertas de facilidades y reventa de planes dirigidas a operadores móviles virtuales, planes grupales para que las empresas interesadas puedan replicar bajo márgenes razonables este tipo de planes, ofertas que serán fiscalizadas por esa Subsecretaría y que deberán enmarcarse en lo dispuesto en la normativa que se dicte al respecto. Sin perjuicio de otras medidas que esta Corte estime pertinentes para mejorar las actuales condiciones económicas que enfrentan los operadores móviles virtuales que ingresaron al mercado y los potenciales entrantes, de manera de asegurar su permanencia en éste.

NOVENO: Que para el adecuado análisis de los recursos de reclamación que han sido interpuestos se hace imprescindible establecer el marco jurídico contenido en el Decreto Ley N° 211 en que se ha desarrollado el presente procedimiento, a saber:

El artículo 5° señala: "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia".

A su turno, el artículo 18 numeral 3) dispone que:

"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

[.]

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella".

Finalmente el artículo 31 previene que: "El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

[.]

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión.

[.]

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que

fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 . Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

DÉCIMO: Que establecido lo anterior se hace necesario consignar que, por motivos de orden y para mayor claridad del análisis, el examen de los planteamientos y peticiones de los recursos se efectuará en el mismo orden en que fueron interpuestas las reclamaciones de que se trata.

Respecto de la reclamación de Netline Mobile S.A.

DÉCIMO PRIMERO: Que respecto a la primera alegación que plantea, según da cuenta de ello el considerando tercero, para desecharla es preciso consignar que, tal como lo decidieron acertadamente los jueces del TDLC, las eventuales dificultades que los operadores móviles virtuales puedan enfrentar para replicar Planes Grupales Monocontratados no tienen relación directa con la diferenciación de tarifas según la red de destino y, por lo tanto, con los riesgos para la competencia que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 pretenden resolver, de lo que se sigue que tal materia, por consiguiente, escapa al ámbito del presente proceso.

En efecto, como ya se adelantó, el objetivo tenido a la vista por el TDLC al dictar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 y su modificación se vincula con los efectos que, en la libre competencia, podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil basada en la red de destino de las llamadas, también conocida como distinción entre tarifas on-net y off-net. Por el contrario, la reclamante asienta su recurso en esta parte en la imposibilidad en que se encuentran los operadores móviles virtuales de ofrecer planes grupales debido a que los precios mayoristas que les ofrecen las incumbentes no les permiten replicarlos, a lo que añaden la duración de los contratos asociados de arrendamiento con opción de compra de equipos terminales de telefonía. Como resulta evidente dichos fundamentos difieren de aquellos efectos perniciosos para la libre competencia que, en lo que interesa al presente recurso, las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 han pretendido evitar y encuentran su razón de ser, por el contrario, en aspectos de hecho que no fueron materia del proceso y que, por lo mismo, no fueron objeto de discusión ni examen en su desarrollo, motivo que unido al expuesto anteriormente justifica el rechazo de la reclamación en este aspecto.

DÉCIMO SEGUNDO: Que los mismos razonamientos se pueden aplicar para rechazar el recurso de reclamación en lo que concierne a los otros dos argumentos en que se asienta. En efecto, el recurrente sostiene, por una parte, que el TDLC debió dictar medidas destinadas a disciplinar la conducta de Entel, Claro y Movistar, de manera de evitar que continúen ejecutando prácticas contrarias a la libre competencia, tendientes a evitar el desarrollo de los operadores móviles virtuales y de otros operadores de menor tamaño. Por otro lado alega que la regulación asimétrica en beneficio de los nuevos competidores se impone como la única salida viable para fomentar la competencia en el mercado de la telefonía móvil y colaborar en el disciplinamiento de la conducta contraria a las normas de la libre competencia de las incumbentes.

Tales motivos inciden nuevamente en cuestiones que no fueron materia de análisis en el procedimiento de modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, toda vez que en la especie se ha buscado evitar la ocurrencia de los perniciosos efectos que podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil, sin que haya

sido objeto del procedimiento el examen de la conducta de las empresas incumbentes y de las medidas que eventualmente podrían adoptarse, en el caso de que se estableciera su ocurrencia, para corregirla.

Tampoco formó parte de las materias examinadas por los jueces del TDLC la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el mercado de la telefonía móvil, puesto que sólo se abordó un preciso y determinado aspecto de la actividad en este ámbito, el que se ha restringido exclusivamente a la llamada distinción entre tarifas on-net y off-net.

Respecto de la reclamación de VTR Wireless SpA y VTR Banda Ancha (Chile) SpA.

DÉCIMO TERCERO: Que los argumentos en que basan su recurso de reclamación, según se consigna en el considerando cuarto, escapan por completo del ámbito de lo discutido y examinado por el TDLC en la especie.

Así, no es posible sostener razonablemente, como lo hacen los reclamantes, que en este proceso sea procedente estudiar las dificultades que un operador móvil virtual podría enfrentar al intentar replicar los planes grupales monocontratados que ofrezcan las incumbentes, toda vez que, en lo que interesa al presente recurso, en estos autos los jueces examinaron únicamente la eventualidad de que se produjeran efectos dañinos en la libre competencia como consecuencia de la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil con motivo de las llamadas efectuadas en una misma red a propósito de un Plan Grupal Monocontratado, único evento en el que permitieron la excepción de que se trata, sin que hayan sido materia de sus reflexiones los inconvenientes que en el ejercicio de su actividad económica han de enfrentar los desafiantes, sea que deriven del número de personas adscritas a un contrato o de la existencia de contratos de arrendamiento con opción de compra de los terminales telefónicos, máxime si los obstáculos descritos por el recurrente se basan en meras conjeturas cuya efectividad no se encuentra asentada en autos.

Por último, tampoco es plausible admitir el fundamento expuesto por los reclamantes basado en que la oferta de facilidades suscrita por su parte con Movistar lo fue asumiendo la prohibición total de discriminación tarifaria on-net/off-net, puesto que, como quedó asentado en el fallo en revisión, en la especie no se trata de una diferenciación de tarifas según la red de destino de las llamadas sino que la decisión impugnada se apoya, por el contrario, en la constatación de que las llamadas que se efectúan entre los usuarios que forman parte de un mismo Plan Grupal Monocontratado lo son dentro de la red de la propia compañía telefónica y no están dirigidas a redes distintas de la misma.

Respecto de la reclamación de Nextel S. A.

DÉCIMO CUARTO: Que, en cuanto a la primera alegación que efectúa, de acuerdo a lo expuesto en el considerando quinto, el recurso de reclamación en estudio debe ser desechado desde que, de ser efectivo que las incumbentes ofrecen precios diferenciados no sólo para los empleados de una empresa sino que también incluyen en el mismo líneas adicionales, para el cónyuge o los hijos del empleado, lo que transformaría, a su juicio, los planes monocontractuales en multicontractuales, tal circunstancia no permitiría excluir a dichos contratos de la regulación contenida en el fallo en examen, toda vez que, tal como quedó expresamente consignado en el mismo, se "entenderá que no están fundadas en la red de destino de la llamada las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los planes de telefonía móvil que incluyan dos o más números o usuarios, contratados por una única persona natural

o jurídica, en relación con las llamadas que se cursen entre dichos números o usuarios", definición que no permite entender que el Plan Grupal Monocontratado haya sido restringido en los términos en que lo sugiere el reclamante.

DÉCIMO QUINTO: Que en lo que concierne a las restantes alegaciones vertidas por el recurrente en su presentación de fs.683, tampoco serán admitidas desde que la decisión impugnada, esto es, la modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 contenida en el fallo que se revisa no se basa, como parece entenderlo el reclamante, en la prohibición de discriminar entre tarifas on-net/off-net sino que, por la inversa, se asienta específicamente en que las diferencias de tarifas que puedan derivar de la contratación de un Plan Grupal Monocontratado no derivan de la red de destino de las llamadas, puesto que todas ellas se efectúan exclusivamente dentro de la red de una misma compañía.

Por último, para desechar lo argüido en el sentido de que en la especie se deberían aplicar restricciones sólo respecto de las empresas dominantes, a la vez que destaca que jurisdicciones comparadas reconocen regulaciones asimétricas en el mercado de la telefonía móvil, las que permiten otorgar a las empresas entrantes la posibilidad de establecer tarifas diferenciadas y así ingresar competitivamente al mercado, basta reiterar que no formó parte de las materias examinadas por los jueces del TDLC la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el mercado de la telefonía móvil, puesto que sólo se abordó un preciso y determinado aspecto de la actividad en este ámbito, el que se ha restringido exclusivamente a la diferenciación en el precio de las tarifas en relación a la red en que las mismas se efectúan o terminan.

Respecto de la reclamación de Claro Chile S. A.

DÉCIMO SEXTO: Que para desestimar el primer capítulo del recurso, asentado en la idea de que no ha existido un cambio en el mercado que justifique modificar las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, el del caso consignar que, tal como lo señalan de manera categórica y explícita los sentenciadores, las diversas aclaraciones pedidas en su oportunidad por los interesados y la consulta de Movistar sobre el particular demuestran que los agentes económicos requieren mayor certeza jurídica en cuanto a la aplicación de las reglas contenidas en la letra A) de las referidas Instrucciones, en relación con los planes grupales, haciéndose necesario proporcionar instrucciones claras al mercado respecto a la posibilidad de comercializar planes de esta clase.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en cuanto concierne a la cosa juzgada formal invocada en relación a las Instrucciones, lo que impediría alterar lo establecido por dicha resolución firme y ejecutoriada, para desechar dicha alegación resulta necesario recordar que, tal como concluyeron los magistrados que dictaron la resolución recurrida, la misma se asienta en lo estatuido en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211, norma que regula una materia distinta de la facultad privativa de que se encuentra revestido dicho Tribunal para dictar instrucciones de carácter general, que es la que se ha ejercido en el caso de que se trata.

A lo anterior se añade que, aun de entenderse aplicable en la especie dicha disposición y, tal como lo señala la propia reclamante, la regla que aduce en su favor y en cuyo mérito no sería posible modificar lo decidido, admite como única excepción aquella consistente en el cambio de las circunstancias tenidas a la vista al emitir el pronunciamiento, situación que, precisamente y como ha quedado asentado en autos, concurre en la especie, puesto que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 no contemplan un análisis específico de los llamados planes

grupales, de sus alcances y de los eventuales riesgos que ellos podrían representar para la libre competencia, constatación que unida a la necesidad en que se hallan los agentes de mercado de recibir instrucciones precisas acerca de esta materia, demuestran la ocurrencia de tales nuevos antecedentes, los que justifican la modificación censurada por la reclamante.

DÉCIMO OCTAVO: Que en tercer lugar el recurrente adujo que no existen razones para exceptuar a los planes grupales monocontratados, toda vez que los descuentos ofrecidos en cualquier tipo de plan grupal debiesen estar establecidos sobre la base de criterios generales, objetivos y no discriminatorios, como lo serían los descuentos por volumen, y al respecto sostiene que el TDLC funda su decisión en una mera especulación, pues no existen antecedentes en autos que permitan concluir que los precios a que accede una "comunidad", derivados de un Plan Monocontratado, corresponden al traspaso de los ahorros y eficiencias del mayor tráfico entre los usuarios de dicha comunidad.

Para resolver esta parte del recurso es del caso subrayar que los falladores construyeron su decisión, por una parte, asimilando el Plan Grupal Monocontratado a uno individual que incluye diversas líneas, toda vez que se trata de uno acordado y pagado por una sola persona, lo que les permitió concluir que forma parte de la propia naturaleza de estos planes la existencia de un trato diferente y preferencial entre las distintas líneas que los componen, distinción que puede tener diversas causas.

Conforme a ello arguyeron, en segundo término, que se hace necesario distinguir entre llamadas de tipo on-net (vale decir, aquellas efectuadas entre líneas de una misma empresa de telefonía móvil contratadas independientemente por distintas personas, o por una misma persona, pero mediante diferentes contratos) y las de tipo on-group (esto es, aquellas realizadas entre las líneas que pertenecen a un mismo Plan Grupal Monocontratado), destacando que todas ellas se realizan dentro de la misma red. En tercer lugar, entonces, determinan que las llamadas on-group pueden beneficiarse de tarifas menores dado el mayor volumen de tráfico cursado entre ellas, lo que, conjeturan, podría obedecer a políticas de diversa índole. Por último, y al tenor de tales reflexiones, establecen que la circunstancia de que su precio sea diverso al del resto de las llamadas que se realizan fuera del grupo es distinta a la situación en que se cobran precios diferenciados entre llamadas on-net y off-net, desde que no se producen ni los costos de cambio ni las ventajas para las empresas con redes de mayor tamaño que las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 quisieron evitar.

Así las cosas, sólo cabe concluir que la determinación de los sentenciadores se basa en criterios que deben ser calificados como generales, objetivos y no discriminatorios, puesto que la explicación fundamental para comprender sus razonamientos se refiere a la propia naturaleza del plan de telefonía móvil en cuyo contexto se realizan las llamadas "on-group" y a la identidad de la red que las soporta. Esto quiere decir que la modificación acordada por los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia reconoce como fuente un antecedente cierto y objetivo, cual es que las llamadas de esta categoría se efectúan al interior de la red de una sola compañía, lo que justifica, dado el carácter masivo o grupal del plan, la existencia de rebajas en su costo debido al volumen de las que se realizan. Las demás consideraciones, relacionadas con conjeturas que cree ver el recurrente, corresponden a simples explicaciones acerca de los motivos que podrían justificar aspectos de esta cuestión, mas no a la ocurrencia en sí del fenómeno.

DÉCIMO NOVENO: Que para desestimar el recurso en lo que dice relación con que la situación de Chile no sería asimilable a otras jurisdicciones, en lo que respecta a que la

existencia de planes grupales monocontratados constituiría una práctica habitual en otros países, basta consignar que dicha argumentación del fallo fue expuesta sólo a mayor abundamiento de las consideraciones de fondo que justifican su decisión, y que se refieren a la naturaleza del plan de que se trata, a la identidad de la red en que se practican las llamadas en estudio y a las causas que justifican la diferencia de precios entre ellas y las demás on-net.

Por último, y en lo que se vincula con la alegación contenida en la reclamación referida a que la modificación en examen permite subsidios a las comunicaciones on- group/on net, de manera que importa efectos similares en materia de tráfico telefónico que las producidas por la diferenciación on-net/off-net, para desecharla cabe destacar que no sólo no han sido suficientemente desarrollados los razonamientos en que se asienta, en particular en cuanto a la existencia y carácter de los subsidios que menciona y a los concretos efectos que ello produciría y el modo en el que los mismos se presentarían, a lo que se suma que los hechos en que se funda no se encuentran justificados en autos.

Respecto de la reclamación de OPS Ingeniería Limitada.

VIGÉSIMO: Que en lo que se refiere al primer acápite del recurso, cabe señalar que no se advierte de qué modo los planes grupales producen los mismos efectos anticompetitivos que el TDLC ha pretendido evitar, en particular porque no se ha demostrado la concurrencia de los costos de cambio alegados y, además, porque, como ya se dijo, la eventual replicabilidad de los planes por los entrantes no es una materia que se vincule con el objeto de este recurso, toda vez que no incide en la diferenciación de tarifas basada en la red en que se practica la llamada.

Enseguida cabe subrayar que tampoco se aprecia de qué manera los planes grupales constituirían un mecanismo para mantener la distinción entre tarifas on-net y off-net, puesto que, como se ha repetido en varias ocasiones, el fundamento de la diferenciación materia de estos autos dice relación con el volumen de las llamadas efectuadas por los integrantes del plan, las que, por lo demás, se realizan dentro de la misma red, de modo que tampoco es posible sostener, como lo asevera el recurrente, que no existen razones económicas para su procedencia.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en lo relativo al segundo capítulo del recurso, éste tampoco puede ser acogido toda vez que la decisión de los magistrados del TDLC, a diferencia de lo sostenido por OPS Ingeniería Limitada, se encuentra debidamente fundada y se basa en los antecedentes que surgen de estos autos, todo lo cual permite concluir que la modificación en examen ha sido suficientemente razonada y se asienta en criterios objetivos y verificables.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por último, se desestimaré el recurso en lo que se vincula con la alegación consistente en que las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015 afectan gravemente a la libre competencia al no establecer los mecanismos necesarios para que los operadores entrantes puedan competir con las incumbentes en la comercialización de los planes grupales en igualdad de condiciones, puesto que se debió ordenar a estas últimas presentar a los operadores entrantes ofertas de facilidades que les permitieran comercializarlos con márgenes económicos positivos; que se incorporasen mecanismos para reducir los costos de cambio que implica la portabilidad del plan grupal a otras compañías y que se determinase la cantidad máxima de líneas adscritas al plan grupal.

Para llegar a tal determinación se ha tenido en consideración que, como ya se ha expresado precedentemente, tales cuestiones inciden en aspectos que no fueron materia de análisis en el

procedimiento de modificación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012, toda vez que en la especie se ha buscado evitar la ocurrencia de los perniciosos efectos que podría provocar la diferenciación de precios en los servicios públicos de telefonía móvil basada en la red en que se practican y terminan las llamadas, sin que haya sido objeto del procedimiento el examen de la conducta de las empresas incumbentes ni la definición de cuál sería el modelo más adecuado para regular el mercado de la telefonía móvil, puesto que sólo se abordó un preciso y determinado aspecto de la actividad en este ámbito, el que se ha restringido exclusivamente a la diferenciación entre tarifas según la red en que las mismas se efectúan.

Respecto de la reclamación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

VIGÉSIMO TERCERO: Que al iniciar el examen del recurso detallado en el considerando octavo, de la citada Subsecretaría se hace necesario destacar, en primer lugar, el carácter esencialmente hipotético de sus fundamentos. En efecto, gran parte de la presentación que lo contiene discurre sobre la base de meras potencialidades, conjeturas o simples temores de la autoridad, respecto de los cuales no aporta antecedentes concretos que permitan concluir en la plausibilidad de su ocurrencia.

En segundo lugar, cabe subrayar que, tal como se ha expresado en este fallo, los jueces del TDLC dejaron expresamente establecido en su decisión que "los Planes Grupales Monocontratados, en cuanto cumplan con tales instrucciones y con las normas de defensa de la libre competencia, no son contrarios al espíritu de dichas Instrucciones". Como se advierte de su sola lectura, la modificación que efectúan de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 impone limitaciones a las empresas, tanto por las que se derivan de su texto, como por la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia. En consecuencia, si alguna de las empresas incumbentes llegara a incurrir en alguna de las actuaciones de las que recela la autoridad, siempre sería posible su represión y corrección por medio de los mecanismos que al efecto prevé la legislación de libre competencia.

VIGÉSIMO CUARTO: Que esclarecido lo anterior es preciso abordar, en primer lugar, el estudio del recurso en relación con las alegaciones consistentes en que la modificación materia de autos afecta de forma negativa a las empresas desafiantes, particularmente a los operadores móviles virtuales, los que quedarían excluidos de competir en este segmento, y en que a los grupos de usuarios que opten por contratar un plan grupal les será más costoso trocar de empresa ya que, además de los costos de cambio, existen otros asociados a la duración de los contratos de arriendo de los equipos terminales.

Al respecto cabe consignar que el recurso aparece como demasiado escueto en esta parte, pues no explica suficientemente por qué motivo las empresas desafiantes, particularmente los operadores móviles virtuales, quedarían excluidos de competir en este segmento, máxime si se considera que los argumentos en que se apoya están constituidos casi exclusivamente por meras conjeturas acerca de los que las incumbentes podrían eventualmente hacer para impedirles competir. Como es evidente dicha manera de razonar en un recurso de esta clase impide absolutamente su acogimiento, puesto que se trata de simples elucubraciones que no se encuentran debidamente respaldadas por los antecedentes, a lo que se debe añadir que si lo que la autoridad quiso expresar es que los operadores móviles virtuales no podrán replicar las ofertas de planes grupales, dicha materia, como se ha reiterado en numerosas ocasiones a lo largo de esta sentencia, se aleja de las cuestiones discutidas en este recurso, de modo que no puede servir de sustento a este examen si no ha sido planteada y discutida previamente ante el TDLC.

Por otra parte, el reclamante agrega al respecto que lo anterior puede verse agravado desde que la modificación incorporada establece como único requisito que los planes sean "contratados por una única persona", condición que no es exclusiva del postpago, de modo que las incumbentes podrían buscar mecanismos para hacer extensivos los planes grupales al segmento de prepago, con lo cual rápidamente podrían expandirse a la totalidad del mercado. Tales fundamentos deben ser desechados por las mismas razones expuestas precedentemente, en lo relativo a la improbabilidad de lo argüido por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que se ha basado en esta parte exclusivamente en suposiciones y aprensiones, mas no en antecedentes concretos.

VIGÉSIMO QUINTO: Que lo expuesto en el párrafo que precede para desechar las consideraciones que allí se reproducen debe ser empleado ahora para rechazar la reclamación en aquella parte en que se afirma que el tipo de planes materia de autos fortalece a las incumbentes, desde que los utilizan de manera estratégica impidiendo a los desafiantes tomar acciones que les permitan aumentar su presencia en el mercado, ya que podrían, incluso, ofrecer planes grupales con tarifas preferenciales que podrían llegar a tener costo cero.

VIGÉSIMO SEXTO: Que enseguida es preciso hacerse cargo de lo afirmado por el recurrente en cuanto a que las señaladas condiciones no pueden ser fácilmente replicadas por las empresas desafiantes, debido principalmente a su escala de producción y a los mayores costos asociados.

Sobre el particular es del caso subrayar que, como se ha reiterado en este fallo, dicha materia no fue objeto de discusión ni análisis por los sentenciadores en estos autos, toda vez que lo verdaderamente examinado por ellos tiene que ver con los perniciosos efectos que en la libre competencia podría provocar la diferenciación de tarifas basada en la red en que se efectúan las llamadas y, además, si tales efectos se podrían derivar de los llamados Planes Grupales Monocontratados.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, por último, el recurrente ha sostenido que los últimos decretos tarifarios móviles, que se aplicarán hasta 2019, significaron una rebaja cercana a un 75% de los cargos de acceso móviles para el primer año y aun mayor para el resto de los años del quinquenio, por lo que no hay fundamento objetivo en los costos de terminación de llamadas que justifiquen tal diferenciación, a lo que añade que los planes de que se trata afectan el comportamiento de los usuarios al restringir las llamadas dirigidas a los de otras empresas, debido al mayor costo asociado a llamar fuera del grupo o de la misma red.

Para desechar tales razones basta dejar establecido que, tal como se ha repetido reiteradamente a lo largo de esta sentencia, dicha materia excede los límites de la presente gestión, toda vez que en estos autos el examen de los falladores se ha limitado a determinar si, efectivamente, las llamadas efectuadas dentro de una misma red a propósito de los llamados Planes Grupales Monocontratados afectan a la libre competencia, habiéndose concluido que las prevenciones que justificaban la dictación de las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 no se encuentran presentes en el señalado caso, de manera que han podido declarar que "las diferencias de tarifas o minutos contenidas en los denominados Planes Grupales Monocontratados no están fundadas en la red de destino de la llamada".

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en estas condiciones sólo cabe concluir que la modificación introducida a las Instrucciones de Carácter General N° 2/2012 por la resolución que se revisa

es adecuada, esto es, no afecta la libre competencia, a la vez que las reclamaciones en examen no se encuentran revestidas del fundamento suficiente que justifique su corrección, motivos por los que las mismas serán desestimadas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Netline Mobile S.A., VTR Wireless SpA y VTR Banda Ancha (Chile) SpA, Nextel S.A., Claro Chile S.A., OPS Ingeniería Limitada y por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en contra de las Instrucciones de Carácter General N° 4/2015, de cuatro de junio de dos mil quince, escritas a fs. 626.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Señora Sandoval.

Rol N° 8654-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. Santiago, 14 de abril de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a catorce de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.