

Santiago, siete de julio de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos ingreso Corte N° 8077-2009 los abogados Gabriel Zaliasnik Schilkrut, José Luis Ramaciotti Fracchia y Gabriela Morales Reveco, en representación de TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., dedujeron reclamación a fojas 4.844 de estos autos en contra de la sentencia N° 88/2009 de fecha 15 de octubre de 2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la que, acogándose las demandas interpuestas por OPS INGENIERÍA LIMITADA, ETCOM S.A., INTERLINK GLOBAL CHILE LIMITADA y SISTEK LIMITADA, se condenó a la reclamante a pagar una multa a beneficio fiscal ascendente a 3.000 unidades tributarias anuales, por haber incurrido “en una práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de los márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, y en una práctica de negativa de venta, con el objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net”. En la señalada sentencia, además, se prohibió a la reclamante cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net precios arbitrariamente discriminatorios respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía celular; y se le ordenó que se abstuviera en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que significara discriminar en relación a las características de quien accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones; y, por último, no se le condenó en costas por no haber sido totalmente vencida.

El recurso de reclamación sostiene que: 1°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se extralimitó en sus atribuciones al amparar mediante el fallo recurrido la ilícita actividad desplegada por las demandantes, desatendió la Ley General de Telecomunicaciones, la interpretación técnica de la Subsecretaría de Telecomunicaciones -en adelante Subtel- y los precedentes judiciales y contenciosos administrativos. 2°.- En cuanto a las inconsistencias y errores en que habría incurrido el fallo recurrido se sustenta que: 2.1.- La actividad de las

demandantes consiste en lo que se conoce como la “reorganización o reenrutamiento de llamadas”, las que no acaban en los puntos de terminación de la red como lo ordena la normativa de telecomunicaciones; 2.2.- Los servicios que presta Telefónica son totalmente diferentes a aquellos que entregan ilegalmente los demandantes; 2.3.- No existe el mercado relevante definido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues se trata de una actividad ilícita que no puede tener reconocimiento legal, en tanto que en el único mercado relevante lícito que existe, esto es el mercado de la telefonía celular, Telefónica no detenta posición de dominio; y 2.4.- No existe discriminación arbitraria de precios y menos aún negativa de venta. 3°.- Se afirma que la sentencia vulnera de modo grave el derecho constitucionalmente garantizado relativo al debido proceso; y 4°.- Se propugna que la multa aplicada es manifiestamente desproporcionada y abusiva.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el procedimiento se inició por demandas de OPS INGENIERÍA LIMITADA, ETCOM S.A., INTERLINK GLOBAL CHILE LIMITADA y SISTEK LIMITADA, que rolan a fojas 39, 181, 357 Y 681, respectivamente, deducidas en contra de TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., por medio de las cuales las entidades señaladas propugnaban que la demandada había incurrido en una serie de acciones constitutivas de graves atentados en contra de la libre competencia que vulneraban lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N°211, en especial sus letras b) y c), conductas por medio de las cuales lo que buscaba era impedir el desarrollo comercial de las empresas demandantes. Sostuvieron que el alza unilateral de los precios por parte de la demandada constituía una discriminación arbitraria respecto de los demás adquirentes del servicio ya que no se fundaba en razón económica alguna, sino que en el intento de obstruir su actividad comercial. Terminaban solicitando que se ordenara a la demandada dejar sin efecto toda práctica discriminatoria en materia de venta de sus servicios de telefonía móvil y que se abstuviera, en el futuro, de todo acto arbitrario en esa materia; que se dispusiera que Telefónica cancelara las alzas unilaterales de precios como también los cobros efectuados en virtud de ellos; que se mantuvieran las tarifas convenidas en los respectivos contratos; que se les permitiera contratar nuevas líneas y desarrollar el servicio en condiciones de

mercado; y solicitaron que se condenara a la demandada al máximo de la multa que establece la ley.

En particular OPS INGENIERÍA LIMITADA y SISTEK LIMITADA sostuvieron que, en el ejercicio de sus funciones de prestación de servicios en las áreas de Ingeniería y Telecomunicaciones, entregan al público la asistencia de conversión de llamadas desde red fija a red celular -celulink o telulink- a través de equipos conversores que transforman los llamados de una red a la otra, para lo cual dichos equipos se conectan a una central telefónica privada permitiendo que el llamado dirigido desde una red fija a un teléfono celular se realice desde un teléfono móvil y no desde la red fija, lo que redundaría en definitiva en ahorro en las llamadas a telefonía celular sobre todo para clientes del segmento corporativo. Explican que en esta materia las llamadas telefónicas pueden ser on net u off net. Si el teléfono celular conectado al equipo conversor pertenece a una determinada red móvil las llamadas que por su intermedio se realicen a teléfonos móviles de la misma red móvil serán consideradas llamadas on-net, mientras que las que se realicen a otras redes móviles serán consideradas llamadas off-net. Señalan que este servicio de conversión ha derivado en uno en que el proveedor debe contratar planes de minutos con todos los operadores de telefonía móvil -como es el caso de la demandada- dado que los clientes corporativos buscan que todas sus llamadas de red fija a móvil se realicen on-net, es decir en la misma red hacia la que se dirige la llamada. Respecto de la acusación que se formula en contra de Telefónica sostuvieron que a partir del año 2006 les impuso una modificación unilateral de condiciones contractuales, imponiendo nuevos precios sustancialmente más elevados que los pactados, discriminatorios y constitutivos de competencia desleal con el propósito de restarle competitividad en la prestación del servicio de conversión, favoreciendo de este modo la entrega de igual servicio de manera directa por Telefónica. Que a lo anterior se agregó la afectación reiterada en la prestación de los servicios entregados por OPS y SISTEK mediante el bloqueo de sus tarjetas SIM y la negación de servicios que prestan a terceros.

Por su parte ETCOM S.A. en su demanda afirmó que presta servicios de terminación de tráfico o de terminación de red, en específico con redes móviles, actividad que fue desarrollada sin problemas hasta que se tuvo que enfrentar con

el alza injustificada de precios en los planes de "post pago" contratados que ha implementado recientemente la demandada, todo ello con el objeto de impedirle la actividad de terminación de red. Expuso que Telefónica detenta una posición de dominio de la cual ha abusado al imponer condiciones económicas de prestación que hacen imposible contratar el servicio, ello con enorme perjuicio a esta parte, lo que ha lo grado a través del cobro de precios abusivos que no guardan relación con el valor económico del servicio suministrado, y por el hecho de que ETCOM S.A. es un contratante obligatorio ya que no existe la posibilidad de acudir a otro.

Por último, INTERLINK GLOBAL CHILE LIMITADA sostuvo en su libelo que en abril y agosto de 2006 contrató con Telefónica dos planes de suministro telefónico los que ofrecían rebajas sustanciales en el precio por minuto de comunicación, pero en octubre de ese mismo año se le dijo por la demandada que su plan tarifario experimentaría un incremento a partir de diciembre aumentando los precios del cargo fijo y del minuto de tráfico entre un 21,4% y un 105%, maniobra que sólo tenía por objeto sacarla del mercado. Para tales efectos aplicó la cláusula 3° de las Condiciones Generales del Contrato que expresan que las tarifas pueden ser reajustadas de tiempo en tiempo en forma unilateral, sin que se le haya objetado de manera alguna el modo de operar el servicio que Interlink prestaba a terceros. Expone que lo que esta empresa hace es adquirir volúmenes importantes de minutos a Telefónica para distribuirlos a un precio mayor, pero menor al normal ofrecido al público. Indica que la actividad de reventa que realiza se relaciona con un servicio público de telecomunicaciones definido en la letra b) del artículo 3° de la Ley General de Telecomunicaciones, como es el servicio de telefonía móvil, pero que no instala, opera ni explota el mencionado servicio, puesto que ello lo ejecuta la empresa móvil a la que se le compran minutos. De este modo frente a Telefónica esta demandante es un usuario más y frente a sus clientes es un revendedor de minutos. Respecto de las conductas contrarias a la libre competencia que se le imputan a la demandada, señala que cuando ésta advirtió que Interlink tenía un considerable aumento de tráfico y que su gestión exitosa desafiaba su participación en el mercado móvil de precios rebajados decidió sacarla del mercado a través del alza que se le aplicó. Además, señaló que este aumento constituye una práctica de competencia desleal realizada para alcanzar, mantener o incrementar su posición dominante en el mercado.

Segundo: Que la sentencia reclamada acogió las demandas por considerar que TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A. había incurrido en una práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de los márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, y en una práctica de negativa de venta, con el objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net.

Para los efectos de resolver el presente recurso de reclamación útil es dejar constancia de los principales fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sentenció de la manera en que se ha consignado en el párrafo que antecede.

Es así como dejó asentado, en primer lugar, que las demandantes prestan un servicio mediante el cual una llamada con destino a un teléfono móvil, que se inicia en un equipo telefónico fijo, se gestiona por un equipo denominado conversor y se termina en la misma red móvil de destino -servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net- mismo que presta la reclamante, materia respecto de la cual concluyó que no se encontraba acreditado que las empresas demandantes hubieran utilizado la red pública telefónica para prestar estos servicios. Ello por cuanto existirían al menos cuatro maneras de otorgar la asistencia de terminación de llamadas: 1°.- Instalar el equipo de conversión en las dependencias de la empresa que contrata el servicio es decir el cliente; 2°.- Acceder remotamente a los equipos de conversión por medio de una conexión directa, mediante un enlace dedicado o red privada; 3°.- Conectar las instalaciones del cliente con el conversor del proveedor del servicio de terminación de llamadas mediante internet; y 4°.- Utilizar la red pública de telefonía fija para conectar la central telefónica del cliente con el conversor de la empresa que provee el servicio. Es así como mientras OPS INGENIERÍA LIMITADA y SISTEK LIMITADA sostuvieron que utilizaban un enlace dedicado para conectar la red privada del cliente con sus plataformas para convertir las llamadas, ETCOM S.A. afirmó que no utilizaba la red pública telefónica e INTERLINK LIMITADA señaló que accedía a sus conversores a través de enlaces dedicados o por Internet.

En segundo lugar, y en cuanto a la existencia de mercados relevantes en el área, concluyó que existían dos que se encontraban relacionados: el de servicios de telefonía móvil y el de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, actividad que no existiría si no se hubiera desarrollado en primer lugar el otro. Estableció que éste se caracterizaba por la intervención de sólo tres actores relevantes, entre los que se encontraba Telefónica Móviles Chile S.A. que es el principal operador. Por su parte consignó que en el mercado de terminación de llamadas participaban las demandantes junto a otras empresas y a las de telefonía móvil, acreditándose de conformidad con la prueba rendida que Telefónica intervenía activamente en este mercado, y que para que funcione es imprescindible que los proveedores -demandantes- cuenten con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las llamadas. De esta forma, concluyó, este insumo del cual son titulares las empresas móviles es esencial o indispensable para participar en el mercado de terminación de llamadas, además porque no existe sustituto a precio razonable para dar este servicio. En consecuencia, para los efectos de esta causa, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró que el mercado relevante del producto es el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net conexo al servicio de telefonía móvil.

Referente a si la demandada contaba con una posición de dominio en los mercados ya definidos dicho Tribunal concluyó que por el hecho de ser el único proveedor del insumo que resulta esencial para dar el servicio de terminación de llamadas, Telefónica Móviles Chile S.A. así como las otras empresas de telefonía móvil que prestan el mismo servicio cuenta con un significativo poder de mercado y con una importante posición de dominio en el mercado de telefonía móvil, condición que le confiere importantes ventajas en cuanto competidor en el mercado de terminación de llamadas. Ello por cuanto el acceso a la red móvil correspondiente, en este caso la de la demandada, resulta esencial para que en el mercado de terminación de llamadas puedan participar las empresas proveedoras de este servicio -demandantes- ya que de no hacerlo no pueden otorgarlo y porque si desaparecen estas empresas sólo aquellas de telefonía móvil podrían ofrecer dicho servicio. En este contexto el precio cobrado a las empresas que prestan servicios de terminación de llamadas por las de telefonía móvil incide directamente en el costo de proveer dicho servicio por parte de éstas.

Respecto a la supuesta ilegalidad de los servicios prestados por los demandantes o no justificación suficiente de las conductas que se le imputan, Telefónica sostuvo que la actuación de las demandantes era ilegal, en primer lugar, porque encaminaban comunicaciones telefónicas evadiendo las debidas interconexiones, con lo que evitaban pagar los cargos de acceso; sin embargo, no probó que para prestar este servicio utilizaran la red pública telefónica. En segundo término sostuvo que las demandantes terminaban llamadas de larga distancia sin contar con una conexión de servicio intermedio que las autorice y sin estar constituidas como sociedad anónima abierta, lo que tampoco acreditó. Por último, aseguró que las demandantes bloqueaban el ANI (Autentic Number Identification) de origen de las llamadas e insertaban uno distinto como si se tratara de una llamada móvil-móvil, lo que tampoco se probó teniendo en consideración que no se acreditó que utilizaran la red pública telefónica para prestar sus servicios. En razón de lo expuesto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estimó que a la época en que ocurrieron los hechos sobre los cuales corresponde pronunciarse en este caso no existía constancia de que el servicio prestado por las demandantes constituyera en sí mismo y de manera indubitada una actividad económica prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a si las conductas imputadas a la demandada son o no contrarias a la libre competencia dejó asentado que de acuerdo a la evidencia probatoria Telefónica cobraba tarifas a las empresas que prestaban el servicio de terminación de llamadas dependiendo de cuál fuera este cliente sin que existiera evidencia cierta de que estas diferencias tuvieran justificación en los costos. En consecuencia concluyó que los cobros realizados por Telefónica a la época de las demandas no eran objetivos ni transparentes, pues recaudaba precios similares a clientes con diferente volumen de tráfico; precios distintos a clientes con volúmenes de tráfico similar; precios mayores a quienes generaban mayor tráfico y prestaban el servicio de terminación de llamadas; y cobraba por un mismo plan precios diferentes dependiendo de quién era el cliente. Esto se tradujo en una estrategia de discriminación de precios que a juicio de dicho Tribunal era arbitraria y no tenía justificación económica suficiente. Estimó que con esta actividad Telefónica estranguló los márgenes de las demandantes con quienes compite en el mercado de terminación de llamadas con el objeto de excluirlas del mismo mediante una estrategia de discriminación arbitraria de precios, ya que, en efecto,

la demandante cobraba un precio mayor por sus planes de telefonía móvil a quienes competían con ella prestando el servicio de terminación de llamadas que el que recaudaba de sus demás clientes por dichos planes.

En consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó que Telefónica incurrió en una práctica de discriminación arbitraria de precios en contra de las demandantes, consistente en explotar abusivamente su posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil mediante el estrangulamiento del margen de sus competidoras en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net con el objeto de mantener o incrementar así su posición de dominio en este último. En lo que se relaciona con las conductas de competencia desleal que se le imputaron a Telefónica concluyó que no existían antecedentes suficientes para estimar que las dificultades técnicas experimentadas por las demandantes -OPS INGENIERÍA LIMITADA y SISTEK LIMITADA- consistieran en actos que tuvieran como fin bloquear su funcionamiento, y por lo tanto no pueden ser considerados como actos desleales ya que los problemas podrían haberse debido a cuestiones de otro tipo, como por ejemplo fallas técnicas. En cambio, en cuanto a la supuesta negativa de venta denunciada por las mismas en lo que dice relación con la transferencia de tecnología analógica a la digital, estimó que existían antecedentes probatorios suficientes -correos y grabaciones telefónicas- que permitían acreditar que Telefónica dificultó el acceso al insumo esencial para el normal funcionamiento de estas demandantes, por lo que se cumplía un primer elemento para establecer la existencia de un abuso de posición dominante consistente en la negativa de venta. En segundo lugar estimó que se encuentra acreditado que la demandada estaba en condiciones de impedir el acceso a dicho insumo. Por último, que no existen en autos antecedentes que permitan suponer que las demandantes no hayan aceptado las condiciones comerciales usualmente exigidas por Telefónica a sus clientes. En consecuencia, este Tribunal estimó que se cumplían las condiciones exigidas para dar por establecido un abuso de posición dominante consistente en la negativa de venta imputada a Telefónica, en infracción del artículo 3 letra b) del Decreto Ley N°2 11.

Tercero: Que la reclamación deducida por TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A. se sustenta en primer lugar en afirmar que el Tribunal se habría extralimitado en sus atribuciones al amparar mediante el fallo recurrido la ilícita

actividad desplegada por las demandantes, desatendió la Ley General de Telecomunicaciones, la interpretación técnica de la Subtel y los precedentes judiciales y contenciosos administrativos. Al respecto sostiene que la autoridad sectorial -Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones- ha interpretado y declarado en uso de sus atribuciones exclusivas la ilegalidad de la actividad ejercida por las demandantes -reorganización de llamadas- por lo que no puede el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, amparándose en sus facultades en la materia, proteger dicha actividad ilícita. Es así como sostiene que la Subtel ha informado en estos autos: a) Que la actividad desplegada por las demandantes es ilegal e infringe las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones; b) Que las demandantes han contravenido la ley de los contratos suscritos con esta parte que prohibían utilizar los celulares contratados en servicios de conversión o reorganización de llamados, y es así como al comercializar los minutos contratados con clientes corporativos se transforman en terceros no autorizados para instalar, operar y explotar servicios de telefonía; y c) Que la jurisprudencia judicial y contenciosa administrativa sanciona la actividad de los demandantes.

Cuarto: Que en segundo lugar y en lo que define como inconsistencias y errores del fallo recurrido, propugna en primer término que si bien la sentencia en su considerando octavo señala que “las demandantes ofrecen un servicio mediante el cual una llamada con destino a un teléfono móvil, que se inicia en un teléfono fijo, se gestiona por un equipo denominado conversor, y se termina en la misma red móvil de destino”, yerra al indicar que únicamente en el caso que se utiliza la red pública telefónica fija para conectar la central telefónica del cliente con el equipo conversor de la empresa que provee el servicio se está redireccionado la llamada, y en consecuencia no se interconecta a la red móvil como lo obliga la normativa sectorial. De ello erradamente concluye que, dado que las demandantes utilizan generalmente un enlace dedicado o una red privada para conectar la central telefónica del cliente y el sistema conversor, no utilizarían el servicio público telefónico, no se enrutaría y por lo mismo no infringirían norma alguna. Se trataría, según el fallo reclamado, de servicios limitados de telecomunicaciones, los que de conformidad con el artículo 10 de la Ley General de Telecomunicaciones no requerirían de autorización pudiendo ser instalados por cualquier persona. Sin embargo, sostiene, teniendo en consideración la naturaleza

de los servicios de reorganización prestados por las demandantes, esto es, la de encaminar, conmutar y terminar llamadas en la red de telefonía móvil, se trata de actividades propias del servicio público telefónico y como tal deben ceñirse al sistema de interconexión que constituye la piedra basal sobre la cual se construye el sistema de telecomunicaciones en Chile. En segundo término sostuvo que los servicios que presta Telefónica son totalmente diferentes a aquellos que ilegalmente otorgan los demandantes, lo cual se encontraría avalado por la posición sustentada por la Subtel en este proceso, la que por Ordinario que rola a fojas 640 sostuvo que los únicos autorizados para instalar, operar y explotar el servicio público telefónico, ya sea local o móvil, son aquellos proveedores que cuentan con el respectivo decreto de concesión, como es el caso de Telefónica. Respecto de lo mismo esta institución ha señalado que las diferencias relevantes entre los servicios que presta Telefónica y aquellos que pretenden ilegalmente otorgar los demandantes son básicamente normativas y no fácticas. En tercer término afirmó que, a diferencia de lo concluido por el fallo recurrido, no existe el mercado relevante por él definido puesto que se trata de una actividad ilícita que no puede tener reconocimiento legal y que en el único mercado relevante lícito, esto es, el mercado de la telefonía celular, Telefónica no detenta posición de dominio, ya que si bien tiene una participación mayor a las otras concesionarias es seguida muy de cerca por ENTEL PCS. Además carece de poder de mercado, ya que el mismo Tribunal ha reconocido recientemente la intensidad de la competencia en este mercado, situación que se acentuará con el ingreso de las empresas NEXTEL y VTR que se adjudicaron bandas de espectro radioeléctrico en un concurso público celebrado hace unos meses. En cuarto término propugna a través de esta reclamación que no existe discriminación arbitraria de precios y menos aún negativa de venta. En cuanto a lo primero puesto que, al no existir posición dominante en el mercado relevante de telefonía móvil, no es posible construir un escenario en que se plasme una conducta de discriminación arbitraria de precios. En lo que respecta a lo segundo, sostiene que consta en autos que las demandantes ya habían contratado numerosos teléfonos a esta parte y que no habían pagado muchas de las facturas por concepto de prestación de servicios, por lo que no se le puede reprochar a esta parte que no quisiese celebrar con ellas nuevos contratos.

Quinto: Que en tercer lugar, sostiene la recurrente que la sentencia vulnera de forma grave el derecho constitucionalmente garantizado relativo al debido proceso, por cuanto dio por acreditados hechos -el supuesto estrangulamiento de márgenes imputado a esta parte- sin que ellos se encuentren probados, como tampoco se han acompañado antecedentes que den cuenta en forma concreta de algún perjuicio o daño en el mercado. Por último respecto de esta materia la reclamante sostiene que también se ha vulnerado el debido proceso en cuanto establece el derecho a una sentencia fundada.

Sexto: Que sin perjuicio de lo antes expuesto, esto es, las argumentaciones tendientes a la revocación del fallo reclamado y en subsidio de ello, solicita la rebaja de la multa aplicada por ser manifiestamente desproporcionada y abusiva. Ello por cuanto los factores que ha tenido en consideración el Tribunal para fijar la multa no resultan aplicables o no se encuentran debidamente fundamentados en el proceso o derechamente importan una violación de principios y normas propias de todo procedimiento sancionatorio. Es así como se sostiene que no existe proporcionalidad, toda vez que, como ha señalado, la actividad desarrollada por las demandantes es ilegal y los supuestos actos imputados a esta parte se han verificado como una respuesta a aquello, lo que debió ser considerado al momento de fijar la cuantía de la multa. Por otra parte, teniendo en consideración que los demandantes no acreditaron el supuesto perjuicio ocasionado por medio de la conducta reclamada como anticompetitiva, la posibilidad de ponderar la multa debió hacerse en base a la afectación del bien jurídico protegido. En otro aspecto se considera abusivo estimar la multiplicidad de demandantes, pues el mismo Tribunal no lo ha aplicado en situaciones previas y comparables. También se propugna la falta de proporcionalidad en cuanto a la naturaleza de la infracción cometida en comparación con las grandes multas aplicadas por el Tribunal en relación con actos de colusión. En cuanto a la supuesta reincidencia, las conductas que se consideraron dicen relación con una persona jurídica diferente, pero aun cuando se estimara que se está en presencia de la misma persona y de los mismos comportamientos, la agravante de reincidencia estaría prescrita, ya que si las acciones contempladas en el Decreto Ley N°211 prescriben en tres años con mayor razón cabría considerar dicho plazo para efectos de la reincidencia. Sostiene que tampoco se puede considerar para efectos de fijar la multa el hecho de que una empresa del mismo grupo económico

haya sido multada por conductas contrarias a la libre competencia, por lo ya expresado, y porque en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 se establece que para efectos de determinar las responsabilidades en el pago de las multas se requiere de “intervención en la realización del acto respectivo” y claramente esta parte no participó en el caso de la otra empresa. En cuanto a la ausencia de conductas paliativas obviamente éstas no se pudieron realizar por esta parte ya que en ese caso estaría validando una actividad ilícita. Por último, referente al daño que las supuestas conductas ilícitas de Telefónica habrían causado, este no fue probado de modo alguno en el proceso.

Por todo lo antes relacionado solicita que se deje sin efecto el fallo impugnado, rechazando las pretensiones de las demandantes, con costas.

Séptimo: Que el recurso de reclamación está establecido en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 para ante la Corte Suprema y procede en contra de la resolución que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, o que absuelva de la aplicación de dichas medidas. En el caso de autos la sentencia N° 88/2009 condenó a TELE FÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A. a una multa de 3.000 unidades tributarias mensuales; prohibió a la reclamante cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net precios arbitrariamente discriminatorios respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía celular; y le ordenó que se abstuviera en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación a las características de quien accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones. Teniendo en cuenta lo antes señalado, esta Corte deberá revisar los fundamentos que tuvo en consideración el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión de imputar a la recurrente el haber incurrido en prácticas de discriminación arbitraria de precios y de negativa de venta, para haber desechado sus defensas y para haberle impuesto la multa en la cuantía ya indicada.

Respecto de esta materia la defensa de SISTEK LIMITADA e INTERLINK GLOBAL CHILE LIMITADA ha sostenido en los alegatos presentados en la oportunidad correspondiente que el recurso de reclamación interpuesto no cumple

con el requisito de ser fundado -de conformidad con la exigencia prevista en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211- por cuanto no aporta antecedente alguno que acredite que no se incurrió en la práctica de discriminación arbitraria de precios y negativa de venta que se imputa, sino que se limita a reiterar argumentaciones ya expuestas en el procedimiento y que no dicen relación directa con los actos imputados y sancionados. En lo que dice relación con estas argumentaciones se debe tener en consideración que, como consta de las resoluciones de fojas 4.888 y 4.892, en su oportunidad se dio cuenta de la admisibilidad de este recurso de reclamación en virtud de lo cual se trajeron los autos en relación para conocer de él, de donde se desprende que se estimó que cumplía suficientemente con los requisitos previstos en el artículo 27 ya aludido y que lo que se plantea por estas demandantes son cuestiones de fondo sobre las cuales debe pronunciarse este Tribunal al conocer y fallar la acción.

Octavo: Que para resolver esta Corte estima fundamental considerar que el principal argumento expuesto por Telefónica, tanto para que se rechacen las demandas interpuestas en su contra como para que se acoja el presente recurso de reclamación, es la ilegalidad y clandestinidad del servicio prestado por las demandadas. Por otra parte, niega las acusaciones formuladas en su contra respecto de las infracciones a la libre competencia, por cuanto el alza de precios que se aplicó a las demandantes en lo que se refiere a las tarifas cobradas se debe a la necesidad de equilibrar los costos adicionales que implica el mayor uso de los planes por ellas contratados, y porque jamás ha bloqueado algún tipo de servicio ni se ha negado a las migraciones de líneas que se le han solicitado.

Noveno: Que en lo que se refiere a la primera alegación de la reclamación, esto es, que el Tribunal se habría extralimitado en sus atribuciones al amparar la ilícita actividad desplegada por las demandantes, cabe tener en consideración que el fallo recurrido tuvo por establecido “que a la época en que ocurrieron los hechos sobre los cuales corresponde pronunciarse en este caso, no existía constancia de que el servicio prestado por las demandantes constituyera, en sí mismo y de manera indubitada, una actividad económica prohibida por nuestro ordenamiento jurídico”. Para razonar de esta manera tuvo principalmente en consideración que la reclamante no acreditó en el curso del procedimiento los asertos en los que fundaba la ilegalidad de la actividad de las demandantes.

Telefónica sostuvo que la transgresión radicaba básicamente en que éstas: a) encaminaban comunicaciones telefónicas evadiendo las debidas interconexiones, con lo que evitaban el pago de cargos de acceso; b) terminaban llamadas de larga distancia sin contar con una concesión de servicio intermedio que las autorizara y sin estar constituidas como sociedades anónimas cerradas; y c) bloqueaban el ANI de origen de las llamadas que transportan e insertan uno distinto correspondiente a un número de suscriptor como si se tratara de una llamada móvil-móvil.

Respecto de lo primero Telefónica no probó que para prestar los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net las demandantes utilizaran la red pública telefónica, por lo que las argumentaciones por ella expuestas deben ser desestimadas ya que en este aspecto el recurso ha sido construido sobre la base de hechos asentados en el fallo que no han sido cuestionados. Es así como al contestar las demandas la reclamante sostuvo que para prestar sus servicios las demandantes utilizaban la red pública telefónica y que en consecuencia se trataba de un servicio en donde existirían dos llamadas. Sin embargo, al fundar la reclamación referente a esta materia sostiene que los sentenciadores yerran al señalar que únicamente en el caso que se utilice la red pública telefónica fija para conectar la central telefónica del cliente con el equipo conversor de la empresa que provee el servicio se está redireccionando la llamada, ya que la naturaleza de estos servicios no es otra que la de encaminar, conmutar y terminar llamadas en la red de telefonía móvil, actividades todas propias del servicio público telefónico, y como tal deben ceñirse al sistema de interconexión que constituye la piedra basal sobre la cual se construye el sistema de telecomunicaciones en Chile. De esta manera se puede concluir que el recurso razona sobre hechos que no han sido establecidos en la sentencia y por lo tanto se trata de argumentaciones nuevas que no fueron objeto de controversia. Por el contrario, del mérito de los antecedentes presentados por las partes se puede afirmar que los servicios otorgados por las demandantes son prestaciones que se conceden en el ámbito de redes privadas que sólo ingresan a la red pública en la red móvil del destinatario y que por ende se trata de una llamada móvil a móvil. Es decir se refiere a un servicio mediante el cual una llamada con destino a un teléfono móvil que se inicia en un equipo telefónico fijo se gestiona por un equipo conversor y se termina en la misma red móvil de destino. Es una prestación que satisface sobre todo las necesidades de clientes corporativos, quienes tienen un significativo

tráfico de este tipo de llamadas y por medio de la cual buscan reducir los costos que pagan por ellas. Respecto del surgimiento de este servicio entregado no sólo por las demandantes sino también por la demandada, éste radica en la diferencia entre el precio de las llamadas on-net y de las llamadas off-net, lo cual incluso ha sido refrendado por la Subtel en su Oficio Ordinario N° 30.075 en cuanto a que “no existen elementos reales de costo que expliquen estas diferencias de precios, mientras que esquemas de comercialización que no establezcan precios distintos según el destino de la llamada tenderán a incrementar la competencia entre redes”. Es el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que ha recomendado eliminar esta diferenciación tarifaria, pues ello permitiría prevenir posibles disminuciones en el grado de competencia en este mercado. Como lo concluye el fallo que por esta vía se revisa, es esta distorsión la que incentivó la aparición de empresas que prestan el servicio de terminación de llamadas, es decir, se trata de un mercado que nace como respuesta espontánea que busca corregir estas distorsiones de precios, las que, como se dijo, no se explican en elementos reales de costos.

Respecto del segundo y tercer argumentos dados por Telefónica referente a la ilegalidad del servicio prestado por las demandantes, esto es, que terminaban llamadas de larga distancia sin contar con una concesión de servicio intermedio que las autorizara y sin estar constituidas como sociedades anónimas cerradas y que bloqueaban el ANI de origen de las llamadas que transportan e insertaban uno distinto correspondiente a un número de suscriptor como si se tratara de una llamada móvil-móvil, nuevamente se trata de una cuestión que no fue acreditada por la reclamante, como se concluyó en el considerando septuagésimo y septuagésimo primero de la sentencia, puesto que no se demostró de manera alguna que las demandantes acabaran las llamadas de larga distancia en su red de telefonía móvil; y respecto del bloqueo del ANI, siendo éste un atributo de las líneas telefónicas de las redes públicas y no habiéndose acreditado que las demandantes hagan uso de la red pública para prestar sus servicios de terminación de llamadas, no es posible que se produzca el bloqueo denunciado. Por último, respecto de estos argumentos nada se menciona sobre ellos en el recurso de reclamación, por lo tanto se trata de una materia que ha quedado debidamente establecida en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Teniendo en consideración lo antes señalado pierde consistencia la

defensa de Telefónica expuesta esta vez en el recurso de reclamación, por cuanto por una parte cambia su argumentación en lo que se refiere al servicio prestado por las demandantes -ahora señala que cualquiera sea la forma en que éstos se realicen son ilegales y no sólo cuando se hace uso de la red pública- y por la otra abandona sus acusaciones en lo que dice relación con la terminación de llamadas de larga distancia y con el supuesto bloqueo del ANI, acciones que estaban íntimamente relacionadas con el principal argumento de la ilegalidad del actuar de las demandantes.

Décimo: Que sin perjuicio de lo que se dirá a continuación respecto de esta materia, llama la atención a esta Corte los argumentos expuestos por la reclamante en lo que dice relación con su conducta frente a las demandantes y que fundaría su solicitud de rechazo de las demandas -en su oportunidad- y el recurso de reclamación que se analiza por esta vía.

Es así como ha afirmado -por una parte- que el alza de precios reclamada se ha debido a la necesidad de equilibrar dentro de lo posible los costos adicionales que significa el inusual uso del plan contratado, por lo que no se trataría de una acción discriminatoria o no competitiva como pretenden las demandantes. Sin embargo, y al mismo tiempo, su defensa se funda en la supuesta ilegalidad de los servicios que ellas entregan por cuanto se trataría de actividades que prestan en forma clandestina, con infracción de las normas que rigen las telecomunicaciones y a los contratos suscritos con esta parte, actividades que sólo podrían ser efectuadas por concesionarias de servicio público telefónico o por portadores. De lo anterior surge la primera inconsistencia en el desarrollo argumentativo de Telefónica, por cuanto si sostenía que la actividad de las demandantes era ilegal debió reprocharlo con anterioridad, teniendo para ello en consideración que -como quedó asentado en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- la relación entre las partes se remontaba, por lo menos respecto de algunas de ellas, al año 2003. Al respecto la reclamante ha contraargumentado señalando que sólo con la notificación de las demandas de autos tuvo conocimiento de la ilegalidad del actuar de las empresas demandantes. Como se dejó asentado en el fallo que se revisa -argumento que esta Corte comparte- tal afirmación no parece verosímil, ya que se estrella en contra del mérito del proceso. Es así como de la prueba rendida se desprende que Telefónica conocía el volumen de tráfico que generaban estas empresas, con

algunas de las cuales mantenía una relación de más de tres años antes de que decidiera alzar las tarifas a los planes contratados. Lo anterior además emana de las comunicaciones que en su oportunidad enviara Telefónica a OPS INGENIERÍA LIMITADA, de las que se desprende que la reclamante no vinculó las alzas denunciadas y sancionadas como anticompetitivas en la sentencia reclamada con la supuesta ilegalidad de la actividad de las demandantes, ni con el tipo de llamadas efectuadas, ni con algún efecto perjudicial en sus redes, sino sólo con su facultad para reajustar las tarifas. Tampoco es verosímil que no conociera el giro de ETCOM S.A., en circunstancias que reconoce haberle comprado conversores y que le ofrecía planes de telefonía móvil sin arriendo de terminal. Asimismo, resulta contradictorio que haya aumentado las tarifas de sus planes como una forma de resarcirse por el supuesto incumplimiento de la cláusula que prohibía a los clientes usar los terminales en equipos de conversión, si según afirma no conocía las ilícitas actividades de las demandantes. Teniendo en consideración lo antes señalado, y como lo concluye el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “para que una ilegalidad en la actuación de las demandantes pudiera considerarse como posible justificación del comportamiento imputado a Telefónica, ésta debería haber demostrado que, a la fecha de los hechos, existía una regulación jurídica que le impidió haber actuado de una manera distinta, lo que no ha sucedido en autos”.

Teniendo en consideración lo antes concluido, esto es que la reclamante tenía conocimiento de la actividad que realizaban las demandantes desde antes, la reacción por ella adoptada, esto es, el alza de los precios en forma indiscriminada sin reclamar oportunamente de la supuesta ilegalidad que ahora argumenta, corresponde a un caso de autotutela como mecanismo de solución de controversias, lo que ha sido rechazado jurisdiccionalmente.

Undécimo: Que para efectos de fundar las argumentaciones en lo que dice relación con la ilegalidad del accionar de las demandantes, Telefónica ha señalado que el organismo o ente gubernamental responsable del control, desarrollo, ejercicio y fiscalización de las telecomunicaciones -Subtel- ha concluido que “la actividad desplegada por las demandantes es ilegal e infringe las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones” y que “han contravenido la ley de los contratos suscritos con esta parte que prohibían

utilizar los celulares contratados en servicios de conversión o reorganización de llamados”, por lo que “no puede el H. Tribunal bajo el pretexto de usar sus facultades en materia de competencia, amparar dicha actividad ilícita, puesto que escapa a sus atribuciones que son de derecho estricto.”

Respecto de esta materia, la Subtel ha informado en este proceso que el sistema de las empresas de “celulines” vulnera diversas disposiciones de la normativa de telecomunicaciones: 1°.- Infringe la normativa sectorial al buscar la evasión del pago de los cargos de acceso por uso de la red; 2°.- Produce un bloqueo del ANI, ya que con la conversión el móvil de destino lo único que muestra como origen de la llamada es un ANI que corresponde al proveedor del servicio celulink asociado a la SIM que adquirió de la compañía de telefonía móvil; 3°.- Dada la explotación del servicio que realizan las demandantes no pueden ser consideradas como un suscriptor propiamente tal sino como un proveedor de servicio de telecomunicaciones; y 4°.- El servicio de reventa de minutos de telefonía móvil es una modalidad de explotación del servicio público telefónico, y por lo tanto, conforme a lo dispuesto por el artículo 3 letra b) y 8 (2°) letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, se requiere de una concesión otorgada por Decreto Supremo para la instalación, operación y explotación de este tipo de servicio, la que no se ha otorgado. Por ello, agregó, se notificó a OPS INGENIERÍA LIMITADA, SISTEK S.A. y ETCOM S.A. la formulación de un cargo único por instalar, operar y explotar medios que proveen funciones de transmisión, conmutación o encaminamiento de llamadas correspondientes al servicio público telefónico, sin contar con la autorización del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Teniendo en consideración lo que propugna la reclamante debería concluirse que al haberse otorgado a la Subtel la facultad exclusiva para interpretar la preceptiva sectorial, lo informado por ella no podría ser objetado ni cuestionado mediante control judicial. Si bien es efectivo que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la aplicación y control de la ley general sobre la materia y de sus reglamentos, y la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, ello es “sin perjuicio de las facultades propias de los

tribunales de justicia y de los organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1.973.” (Artículo 6 de la Ley 18.168).

Respecto de esta materia, y como lo concluyó el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la preocupación de fondo detrás de la posición de la Subtel -en el sentido de que el servicio que prestan las demandantes sería ilegal- reside en que “se produce una distorsión tarifaria ya que se está quitando parte del tráfico que se utilizó para calcular las tarifas de cargo de acceso de la red móvil, con lo cual, si el procedimiento tarifario hubiera considerado el efecto del celulink, los cargos de acceso serían mayores a los actuales”. En este sentido, y como lo hiciera notar el fallo que se revisa, el proceso tarifario no asegura algún ingreso global a los concesionarios por concepto de cargos de acceso; por lo tanto, dicho ingreso es parte del riesgo del negocio y no puede ser considerado como si fuera un derecho del regulado. Es en relación a esto que se debe considerar el “fraude al sistema” denunciado por la reclamante respecto de la actividad de las demandantes, por cuanto al no haber interconexión se evitaría el uso efectivo de la red por un tercero y el consiguiente pago e ingreso por concepto de cargos de acceso. De lo anterior se puede concluir que en definitiva lo que se reclama por Telefónica es el riesgo en que se pondría su financiamiento al vulnerar el pago de los cargos de acceso a que tendrían derecho los operadores de telefonía, financiamiento que como se indicó no constituye un derecho adquirido.

Como se señaló, la defensa de la reclamante se ha fundado -sobre todo- en la existencia de los cargos que la Subtel ha formulado en contra de tres de las cuatro demandantes, lo que a su juicio debería haber impedido que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hubiera acogido las acciones por ellas interpuestas y obligaría a esta Corte a acoger el recurso de reclamación interpuesto por Telefónica. Sin perjuicio de lo señalado respecto de la obligatoriedad de lo sostenido por la Subtel, del verdadero alcance de ello y lo que en el proceso se acreditó, debe tenerse en consideración que los señalados cargos han sido formulados en un procedimiento que se encuentra en plena tramitación, sin que se haya dictado sentencia infraccional. De esta forma, si no existe un pronunciamiento cierto acerca de la ilegalidad de la conducta de las demandantes, no se puede justificar un actuar anticompetitivo por parte de Telefónica, ya que ni al momento de los actos denunciados, ni al momento de las

demandas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ni al momento de la dictación de la sentencia que se revisa ha habido un pronunciamiento cierto de la aludida ilegalidad. De modo que no habiendo resolución alguna que declare de manera firme o ejecutoriada la supuesta ilegalidad de los servicios de las demandantes, ésta no puede asumirse ni resolverse a partir de ella. Respecto de esta materia es útil precisar que la Subtel no ha formulado cargo alguno fundado en que el servicio objeto de duda en cuanto a su legalidad hubiese terminado llamadas de larga distancia en la red de telefonía móvil de Telefónica o provocare el bloqueo o distorsión del ANI de origen de las llamadas. Por último, y como ya se indicó, aun cuando se sostuviera la mentada ilegalidad ella no puede constituir una eximente o atenuante del actuar de Telefónica en lo que dice relación con el alza de los precios.

En definitiva, el valor en juicio de los dictámenes provenientes de la Subtel depende de su contenido. Es así que si se trata de materias técnicas los tribunales pueden considerarlos como una opinión especializada, en tanto si se trata de cuestiones jurídicas pueden ser estimados como un parecer ilustrado. En el caso de autos el fallo que se revisa analiza los dictámenes de esta institución respecto de la materia y en el marco de su competencia los desestima dando las razones para ello. De esta forma el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podía inhibirse de actuar por ilícitos puestos en su conocimiento, los que existirían con prescindencia de lo que pueda resolverse en la instancia administrativa respecto de la actividad de las demandantes.

Duodécimo: Que respecto del segundo capítulo de la reclamación, esto es, las llamadas inconsistencias del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sostiene la reclamante que la actividad de las demandantes consistente en lo que se conoce como la reorganización o reenrutamiento de llamadas no acaba en los puntos de terminación de la red como lo ordena la normativa de telecomunicaciones, agregando que si bien el fallo recurrido en su considerando octavo pareciera captar la esencia del servicio ilegal prestado por las actoras al señalar que “las demandantes ofrecen un servicio mediante el cual una llamada con destino a un teléfono móvil, que se inicia en un equipo telefónico fijo, se gestiona por un equipo denominado conversor, y se termina en la misma red móvil de destino”, yerra al señalar que únicamente en el caso que se utiliza la

red pública telefónica fija para conectar la central telefónica del cliente con el equipo conversor de la empresa que provee el servicio se está redireccionado la llamada, y, en consecuencia, no se interconecta a la red móvil como lo obliga la normativa sectorial. Como se adelantó en el párrafo segundo del considerando noveno de esta sentencia, esta argumentación efectuada por Telefónica en cuanto a que cualquiera sea la interpretación que se dé a los servicios prestados por las demandantes, esto es si usan o no la red móvil pública para operar, éstos igualmente deben ser considerados ilegales, se trata de una tesis que no fue objeto de discusión durante el proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por lo tanto no puede ser considerada por esta Corte para razonar al respecto. Sin perjuicio de lo anterior y como quedó establecido en los considerandos sexagésimo séptimo a septuagésimo segundo de la sentencia recurrida, el Tribunal dejó establecido que “a la época en que ocurrieron los hechos sobre los cuales corresponde pronunciarse en este caso, no existía constancia de que el servicio prestado por las demandantes constituyera en sí mismo y de manera indubitada, una actividad económica prohibida o declarada ilícita por nuestro ordenamiento jurídico”, sin que las argumentaciones desarrolladas en el recurso de reclamación logren modificar esta conclusión, ya que ellas se sostienen básicamente en la opinión que la Subtel ha dado sobre la materia, interpretación que como se ha desarrollado en esta sentencia no es vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ni para esta Corte, y porque ella fundamentalmente se relaciona con la diferencia tarifaria que se produce entre las llamadas on-net y off-net.

Décimo Tercero: Que referente a la segunda inconsistencia en la que habría incurrido el fallo, esto es, que los servicios que presta Telefónica son totalmente diferentes a aquellos que ilegalmente otorgan los demandantes, nuevamente se trata de una cuestión que está fundada casi exclusivamente en la opinión que la Subtel ha dado sobre la materia, quien sostuvo que los únicos autorizados para instalar, operar y explotar el servicio público telefónico, ya sea local o móvil, son aquellos proveedores que cuenten con el respectivo decreto de concesión como es el caso de Telefónica, y que la actividad de reorganización de llamadas prestada por las demandantes sería ilegal. Ahora bien, en esta materia la opinión de la Subtel aparece desvirtuada por la misma información que ella entrega al señalar que no tenía conocimiento de que esta empresa prestara como servicio

propio la reorganización de llamadas dirigidas a cualquier concesionario de telefonía móvil, lo que se estrella no sólo con las pruebas presentadas en este juicio sino que por la propia declaración de la reclamante. Por último es importante tener en consideración que la Subtel ha indicado que las diferencias relevantes entre los servicios que presta Telefónica y aquellos que pretenden “ilegalmente” prestar las demandantes son básicamente normativas y no fácticas. Lo anterior tiene importancia si se considera que como lo estableció el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “este negocio -terminación de llamadas- nace producto de la existencia de una distorsión en el mercado, pues las llamadas off-net 0 son sustancialmente más caras que las llamadas on-net, lo que genera un mercado de servicios de terminación de llamadas alternativo al uso de la red fija-móvil”. Desde este punto de vista se puede observar que efectivamente existiría una sustitución entre el servicio otorgado por las demandantes y el prestado por las empresas de telefonía móvil. Así lo explicó el fallo que se revisa al concluir que “para el consumidor son sustitutos todas aquellas soluciones tecnológicas o medios que les permitan acceder al servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net a un menor costo que pagando el cargo de acceso, lo que confirma que ambos servicios pertenecen al mismo mercado relevante “aguas abajo”.

El fallo recurrido -en cambio- no tuvo por acreditado que estas prestaciones estuvieran fuera de la legalidad y por otra parte estableció que el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil no sólo era ofrecido por las demandantes sino también por las empresas de telefonía móvil, y en el caso de Telefónica utilizaba los mismos conversores que ocupaban OPS INGENIERÍA CHILE, ETCOM S.A., INTERLINK GLOBAL CHILE LIMITADA Y SISTEK LIMITADA para convertir llamadas dirigidas desde teléfonos fijos a móviles en llamadas iniciadas en teléfonos móviles de su propia red.

La evidencia presentada en juicio ha demostrado que Telefónica presta servicios por medio de equipos conversores y enlaces dedicados tanto a empresas del sector privado como a organismos públicos, Universidad Católica de Chile, Ministerios, ENAP, CMR Falabella, Ripley, Cencosud, VTR S.A., etc. Al respecto la sentencia concluyó que “Los servicios que prestarían las operadoras de telefonía móvil, conectando directamente la PABX (central telefónica) del usuario con sus centrales telefónicas móviles, por medio de enlaces dedicados, han de estimarse

sustitutos del servicio de celulink, de cara al usuario, que es lo que interesa a estos efectos”.

Es importante dejar constancia de que Telefónica no ha controvertido el hecho de prestar el servicio de terminación de llamadas que reprocha a las demandantes, sino que ha sostenido que a diferencia de éstas se encuentra legalmente habilitada para ello, cuestión que como se dijo no ha sido considerada por el fallo que se revisa, y que de conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de reclamación no ha sido desvirtuada, recurso que se limita a reiterar los razonamientos expuestos en el juicio fundándose para ello en la opinión que la Subtel tiene sobre la materia, la que como se razonó en los considerandos que anteceden no es vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ni para esta Corte.

Décimo Cuarto: Que respecto de la tercera inconsistencia que presentaría la sentencia y que fuera denunciada por la reclamación, esto es que no existiría el mercado relevante definido por el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la defensa de Telefónica controvertió esta conclusión del fallo no por cuestiones de índole fácticas sino porque las operaciones de las demandantes implicarían una actividad ilícita que no puede tener reconocimiento legal, agregando además que en el único mercado relevante lícito, esto es, el mercado de la telefonía celular, Telefónica no detentaría una posición de dominio ya que si bien tiene una participación mayor a las otras concesionarias es seguida muy de cerca por ENTEL PCS.

Es del caso que una vez descartada la ilegalidad de los servicios prestados por las demandantes como se concluyó en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pierden toda validez los argumentos expuestos por la reclamante en lo que dice relación con la inexistencia del mercado relevante de terminación de llamadas definido en los considerandos vigésimo séptimo a sexagésimo sexto del fallo que se revisa. Por otra parte, el razonamiento de Telefónica carece de lógica si se considera que sostiene la inexistencia del mercado basado en su ilegalidad, mercado que en cambio es de público conocimiento tiene oferta y demanda e implica un beneficio al público.

Respecto de esta materia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analizó dentro de la esfera de sus atribuciones la naturaleza de los servicios prestados tanto por las demandantes como por la demandada, estableciendo cuáles son sus características principales, los mercados relevantes de esas prestaciones y si Telefónica tenía una posición de dominio en estos mercados. En efecto, la sentencia recurrida en sus considerandos octavo a decimonoveno analiza los sistemas o modalidades usados por las partes para otorgar los servicios, análisis en el que se consideró los numerosos informes sobre telecomunicaciones y económicos acompañados por las partes, las pruebas documentales y testimoniales. De todo lo anterior concluyó que es posible distinguir dos mercados que se encuentran relacionados: el mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, los que tienen como característica principal el ser conexos, esto es, que el segundo no podría existir sin el primero. Agregó que el mercado de telefonía móvil se caracteriza por la participación de sólo tres actores relevantes, dentro de los cuales se encuentra Telefónica -que es el principal operador- no sólo porque cuenta con mayor participación en dicho mercado que el resto sino porque además tiene una red de mayor extensión y con un mayor número de abonados. Que por su parte el mercado de terminación de llamadas -donde participan las demandantes y las empresas de telefonía móvil- se caracteriza por la participación de empresas que ofrecen este servicio mediante equipos conversores o bien mediante la conexión vía enlace dedicado de la central telefónica del cliente con las estaciones bases de las empresas de telefonía móvil. Para que este mercado funcione es fundamental que los proveedores de este servicio necesariamente cuenten con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las llamadas, a menos que quien provea ese servicio sea la propia empresa móvil dueña de dicha red, de lo que se sigue que dichos planes de minutos se constituyen en un insumo esencial e indispensable para el desarrollo del mercado de terminación de llamadas.

Siendo un hecho irrefutable la existencia de este mercado relevante se debe concluir que respecto de él Telefónica tiene una participación activa, cuestión que se puede afirmar a partir de dos circunstancias que le otorgan un poder evidente, a saber, su condición de actor dominante y su titularidad de un bien que constituye un insumo esencial del servicio, a saber, los minutos de telefonía móvil.

Respecto de este tema la propia Fiscalía Nacional Económica, entidad a la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Ley N°211 dentro de sus atribuciones le corresponde dar aplicación a la ley de la materia para el resguardo de la libre competencia en los mercados, ha señalado que se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulta probable ejercer a su respecto poder de mercado. Para prestar el servicio de conversión de llamadas resulta imprescindible contratar el suministro telefónico de las redes de telefonía que se utilizan como plataformas, esto es, no como usuario final sino como un insumo dentro de la cadena productiva. En este sentido resulta de importancia que en la actualidad existan sólo tres operadores de telefonía móvil con redes, de las cuales Telefónica es la que ha generado la mayor red con un 45% del tráfico, lo que le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular las empresas de celulines que requieren acceder a las tres redes para operativizar el negocio. En consecuencia, el mercado relevante al caso estaría formado por los servicios de gestión de llamadas telefónicas de salida hacia la misma red móvil de destino.

Teniendo en consideración lo antes relacionado se concluye que no es efectiva la imputación deducida por Telefónica respecto de la inexistencia del mercado relevante de terminación de llamadas, puesto que de conformidad con los antecedentes reunidos en la causa no sólo se acreditó la existencia de dicho mercado, sino que además la participación activa en él de las demandantes y de la demandada.

Décimo Quinto: Que en cuanto a la cuarta inconsistencia que se le imputa al fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es que no existiría discriminación arbitraria de precios y menos aún negativa de venta, se trata de argumentaciones que se oponen a lo establecido por la sentencia y respecto de lo cual no se entregan mayores antecedentes para desvirtuarlo. Ello por cuanto los razonamientos de la reclamante se fundan en afirmar que al no existir posición dominante en el mercado relevante de telefonía móvil no es posible construir un escenario en que se plasme una conducta de discriminación arbitraria de precios. En lo que respecta a lo segundo sostiene que constaría en autos que las demandantes ya habían contratado numerosos teléfonos a esta parte y que no

habían pagado muchas de las facturas por concepto de prestación de servicios, por lo que no se le puede reprochar a Telefónica que no quisiese celebrar con ellas nuevos contratos.

Teniendo en consideración las argumentaciones en lo que dice relación con la inexistencia de una discriminación arbitraria de precios expuestas por Telefónica y lo ya concluido en esta sentencia respecto de la existencia del mercado relevante de terminación de llamadas, no queda más que concluir que en esta parte la reclamación carece de asidero.

Respecto de esta materia, que constituye el grueso de la conducta atentatoria de la libre competencia que se le imputa a Telefónica, no hay mayores argumentaciones que permitan refutar los hechos esgrimidos en la sentencia acerca de la existencia de la conducta denunciada. Éstos son básicamente que desde abril de 2006 la demandada impuso a las demandantes alzas desmedidas de tarifas sin justificación técnica ni económica, cuestión que fue concluida por la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Como se señaló, la defensa de Telefónica en esta materia en el recurso de reclamación se limitó a afirmar que al no existir posición de dominio en el mercado relevante de la telefonía móvil “difícil es construir un escenario en que se plasme una conducta de discriminación arbitraria de precios”; nada dice del alza de los precios a los planes contratados por las demandantes y nada señala respecto de los hechos que se tuvieron por acreditados en el fallo recurrido. Cabe agregar a este respecto que Telefónica esgrimió varios argumentos para justificar el alza de precios denunciada, como que el aumento se justificaba por el incumplimiento por parte de las demandantes de la cláusula que prohibía el uso de los teléfonos para otro servicio que no fuera el contratado; que en atención a que las demandantes no contemplaban movilidad generaban congestión al saturar sus estaciones base y sus celdas, lo que aumentaría los costos; que las demandantes utilizaban los planes contratados casi exclusivamente para llamadas salientes; y que por último la actividad de las demandantes le privaba de recibir ingresos por concepto de cargos de acceso. Sin perjuicio de que todas estas explicaciones fueron debidamente rechazadas por el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ninguna de ellas es reiterada en el recurso de reclamación, lo que trae como lógica consecuencia el debilitamiento de la defensa de Telefónica.

Respecto del alza arbitraria de los precios, el fallo estableció que: “Las diferencias de precios que cobraba Telefónica a sus clientes a la fecha en que ocurrieron los hechos materia de la demanda, parecen no basarse en condiciones de racionalidad económica, ya que se cobraban precios mayores a quienes demandaban más minutos”. Concluyó que: “También eran diferentes los precios cobrados a los distintos clientes a pesar de que existían clientes que demandaban similar cantidad de minutos al mes” y que “cobraba precios similares a clientes que demandaban diferente volumen promedio de minutos al mes”.

Teniendo en consideración lo antes relacionado se puede concluir que Telefónica no ha logrado desvirtuar las acusaciones deducidas en su contra en cuanto a que los cobros realizados no eran objetivos ni transparentes, lo que se tradujo en la práctica en una estrategia de discriminación de precios que es arbitraria y no tiene justificación económica suficiente.

Respecto del cargo de negativa de venta, el Tribunal tuvo por acreditado que el actuar de Telefónica dificultó el acceso al insumo esencial para el normal funcionamiento del negocio de OPS, SISTEK y ETCOM, que la reclamante estaba en condiciones de impedir el acceso a dicho insumo atendida la posición de dominio con la que contaba y que no existen antecedentes de que las demandantes no hayan aceptado las condiciones comerciales usualmente exigidas por Telefónica a sus clientes, de modo que se cumplen las condiciones para dar por establecido el abuso de posición dominante consistente en la negativa de venta imputada a Telefónica, configurando la infracción del artículo 3 letra b) del Decreto Ley N°211.

Al contestar este cargo Telefónica sostuvo que jamás había negado la venta de sus servicios y que cuando llevó a cabo el plan de liberación y migración de espectro radioeléctrico informó e instó a sus clientes a migrar a la tecnología digital; sin embargo, al fundar el recurso de reclamación señaló que, respecto de este ilícito que se tuvo por acreditado, “basta señalar que consta en autos que las compañías demandantes ya habían contratado numerosos teléfonos a nuestra representada y que no han pagado muchas de las facturas por concepto de prestación de servicios que Telefónica Móviles de Chile S.A. les otorgaba”. De lo anterior claramente se desprende que el recurso se construye en contra de los

hechos establecidos en el proceso, sin que éstos hayan sido controvertidos por la reclamante, y con argumentos no debidamente planteados en su oportunidad.

Teniendo en consideración lo razonado deberá rechazarse la reclamación en lo que dice relación con la inexistencia de los cargos formulados por discriminación arbitraria de precios en contra de las empresas demandantes y el abuso de posición dominante consistente en la negativa de venta.

Décimo Sexto: Que en tercer término el recurso de reclamación denunció que la sentencia había vulnerado de manera grave el derecho constitucionalmente garantizado relativo al debido proceso, puesto que habría transgredido el onus probandi dando por acreditados hechos -el supuesto estrangulamiento de márgenes imputado a esta parte- que no se encuentran probados, agregando que tampoco se han acompañado antecedentes que den cuenta en forma concreta de algún perjuicio o daño en el mercado.

Para efectos de resolver este capítulo de la reclamación basta con referir que aparte de lo ya señalado respecto de esta impugnación, el recurso no entrega ningún antecedente que avale lo denunciado. Sin perjuicio de estimar que en el fallo no se ha producido ninguna vulneración al debido proceso en lo que dice relación con las normas reguladoras de la prueba, el recurrente no entrega elementos para analizar o controvertir esta materia.

También se sostiene por el recurrente que se habría vulnerado el debido proceso en cuanto establece el derecho a una sentencia fundada y desde este punto de vista se habría transgredido el derecho a la defensa. Al igual que en la imputación anterior, no se desarrolla en esta parte de manera alguna los fundamentos en virtud de los cuales se sostendría que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia carece de la necesaria fundamentación y motivación, y sólo se limita a sostener que toda sentencia debe ser fundada.

Sin perjuicio de que esta falencia bastaría para rechazar este capítulo de la reclamación, como se dejó constancia en el considerando segundo de esta sentencia, el fallo que se revisa está debidamente fundado haciéndose cargo de cada una de las cuestiones que fueron objeto de controversia, indicando la

manera y en virtud de qué prueba y sobre qué razonamientos se dieron por acreditados los asertos en cuya virtud se acogieron las demandas deducidas en contra de Telefónica. La sentencia contiene los fundamentos de hecho y jurídicos que le permitieron al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia formarse convicción sobre la prueba rendida para los efectos de establecer la conducta fáctica que permitió dar por acreditada la responsabilidad de la demandada. La circunstancia de encontrarse fundada la sentencia se verifica al constatar que el derecho de defensa de Telefónica no se ha visto vulnerado, toda vez que ha podido hacer uso de los recursos que franquea la ley, reclamación de la que se desprende que ha tenido perfecto conocimiento de la decisión adoptada por el Tribunal y las razones por las que éste adoptó su decisión.

Décimo Séptimo: Que por último, en lo que dice relación con las argumentaciones referidas con la falta de proporcionalidad de la multa a la que fue condenada la reclamante y el carácter abusivo de la misma, cabe tener en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 “para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor, y para disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”. En el recurso de reclamación no existe petición respecto de rebaja de la multa aplicada, toda vez que en lo petitorio del mismo sólo se consigna lo que sigue: “se solicita que se rechacen las demandas interpuestas y declarar que Telefónica Móviles Chile S.A. no incurrió en los ilícitos anticompetitivos denunciados, dejando sin efecto la multa y las demás medidas impuestas”, y sólo en el cuerpo del escrito se consigna que “en el improbable caso que la Excma. Corte Suprema resuelva que Telefónica ha incurrido en alguna práctica atentatoria contra la libre competencia, la multa debe ser rebajada ostensiblemente”. Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la sanción contienen el debido desarrollo de los elementos que al tenor del inciso final de la norma citada se exigen para dicho establecimiento, por lo que la aplicación de la multa se ha construido debidamente sobre los parámetros que para la fijación de ella establece la legislación.

En cuanto a la falta de proporcionalidad de la multa aplicada, se funda en el hecho de que los supuestos actos ilícitos que se le imputan a esta parte se habrían verificado como respuesta a la ilicitud de la actividad desplegada por las demandantes. Teniendo en consideración que el Tribunal estimó y concluyó que a la época de los hechos “no existía constancia de que el servicio prestado por las demandantes constituyera, en sí mismo y de manera indubitada, una actividad económica prohibida o declarada ilícita por nuestro ordenamiento jurídico”, la defensa de la reclamante carece de lógica y va contra los hechos establecidos. Además, y como se dejó constancia en esta sentencia, aun cuando se hubiera estimado que la conducta de las demandantes adolecía de algún grado de ilegalidad, no era procedente que Telefónica tomara la justicia por sus propias manos ejerciendo actos de autotutela.

En lo que se refiere a la falta de acreditación del supuesto perjuicio ocasionado por medio de la conducta reclamada como anticompetitiva, se sostiene que las demandantes no habrían probado el daño causado. Respecto de ello, y como se dejó constancia en los considerandos centésimo quincuagésimo tercero a centésimo quincuagésimo cuarto, cuando la norma se refiere al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción se está aludiendo básicamente a que la sanción tenga un carácter disuasivo y retributivo; y que, respecto del daño o perjuicio causado, éste se analiza en los considerandos centésimo quincuagésimo sexto a centésimo quincuagésimo noveno, donde se propugna que el menoscabo está fundamentalmente constituido por lo que se conoce como “pérdida del excedente del consumidor”, de modo que no es efectivo que no se haya acreditado el detrimento que habrían sufrido las demandantes por el actuar anticompetitivo en que incurrió Telefónica.

Respecto de los otros criterios utilizados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los efectos de determinar la multa, si bien es efectivo que se puede cuestionar lo que dice relación con la configuración de la reincidencia, teniendo en consideración que de conformidad con el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 las circunstancias que allí se consignan para cuantificar la sanción son meramente ejemplares, se trata en definitiva de una facultad que debe ser ejercida prudencialmente por el Tribunal siempre y cuando se den los razonamientos para

actuar de una forma u otra y la no configuración del factor analizado no influye sustancialmente en lo resolutivo.

Por último se estima por la reclamante que el Tribunal debió haber considerado para efectos de determinar la multa la existencia de la formulación de cargos que la Subtel efectuó a las demandantes, donde se les ordenó suspender la actividad ilegal que desarrollaban. Lo anterior carece de asidero si se tiene en consideración todo lo razonado en el fallo que por esta vía se revisa. El sistema de los recursos procesales busca la revisión de lo resuelto por un determinado tribunal, de donde se desprende que las argumentaciones para ello deben fundarse en lo que la respectiva sentencia estableció, y no como en este caso en que la reclamante razona en contra de los hechos tenidos por ciertos por el sentenciador, sin instar por su modificación.

Por lo señalado, se desestiman las alegaciones en lo que dice relación con la rebaja de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se declara que **SE RECHAZA** en todas sus partes el recurso de reclamación deducido a fojas 4.844 por la empresa TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A. en contra de la sentencia N° 88/2009 de quince de octubre de dos mil nueve, escrita a fojas 4.753.

Se previene que la Ministro señora Araneda concuerda con lo resolutivo del fallo, pero formula la siguiente prevención:

PRIMERO: Que, en cuanto a la primera alegación contenida en la reclamación de “Telefónica de Chile” -amparo por parte del Tribunal de la Libre Competencia a una actividad ilícita-, esta Ministro no comparte la fundamentación realizada en el presente fallo en su consideración novena, pues, a su juicio las argumentaciones del Tribunal de la Libre Competencia, fundadas en la carencia de pruebas no son valederas ya que éstas fueron abundantemente producidas, tales como a continuación someramente se detallan: pruebas documentales e informes aportados por OPS (fojas 39, 1136, 1276, 1949, 2386, 2784, 2838, 3838, 3888,

3937, 3949, 3953); pruebas testimoniales del mismo OPS (fojas 1923, 1933, 1946 bis, 1952, 2552 bis, 2602 bis 1), y absolución de posiciones de fojas 2191. Pruebas documentales rendidas por ETCOM (fojas 181, 288, 1897, 2123, 2917 de la causa principal; y fojas 1, 51, 81, y 84 del cuaderno de medidas precautorias); pruebas testimoniales rendidas por ETCOM (fojas 2797 bis 1, 2903, 2915 bis) y absolución de posiciones de fojas 2441 bis 4. Prueba documental rendida por INTERLINK (fojas 357, 2599, 4613); prueba documental rendida por SISTEK (fojas 681 y 2811 del cuaderno principal, además de las fojas 124 y 129 del cuaderno de medidas precautorias), y prueba testimonial presentada por ésta (fojas 3140, 3146, 3283, y 3287). Prueba documental rendida por Telefónica de Chile (fojas 124, 248, 442, 767, 1634, 1654, 1727, 1764, 2156, 2862, 2896, 3057, 3070, 3137, 3966, y 4261 del cuaderno principal; fojas 65, y 180 del cuaderno de medidas precautorias), prueba testimonial rendida por esta misma parte (fojas 3408, 3428, 3441), y absoluciones de posiciones de fojas 2415, 2425, 2431, y 2635. Y finalmente informes presentados en la causa por la Fiscalía Nacional Económica, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y los intervinientes de autos (fojas 509, 640, 973, 1031, 1079, 1347, 1362, 1897, 2386, y 3838 del cuaderno principal, además de los informes de fojas 121 y 316 del cuaderno de medidas precautorias).

SEGUNDO: Que, el objetivo del desglose de la prueba producida en autos, no hace más que reforzar la convicción de quien previene, en cuanto a que la materia sub júdice se encuentra más bien a nivel de la apreciación y valoración de los elementos probatorios que de ellas realizaron los sentenciadores del grado, y en el cambio de postura por parte de la recurrente en su disconformidad con el fallo de primera instancia.

Así, el asunto sometido a consideración de esta Corte tiene un trasfondo más complejo que fluye del análisis de autos, cual es, la buena fe y legitimidad del comportamiento de la recurrente “Telefónica de Chile” para alegar la ilegalidad de los servicios prestados por las empresas de celulink; vale decir, para esta Ministro la quintaesencia del asunto tiene que ver con los actos propios y la buena fe del reclamante para solicitar el amparo legal respecto a legítimas expectativas de su parte.

TERCERO: Que como ya lo ha sostenido en sus fallos esta Suprema Corte, en lo que dice relación a los actos propios: *“Octavo: (...) a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (...). En otros términos, esta teoría -expresada en el enunciado “venire contra factum propriam non potest” y que incluso es elevada por algunos autores a la categoría de principio general de derecho (Fueyo Laneri, Fernando, Instituciones de Derecho Civil Moderno, páginas 308 y 310)- impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno (...). NOVENO: Que la consecuencia de la regla de derecho “venire contra factum propriam non potest” es la de impedir a un sujeto que realice un acto o una conducta contraria a otro acto o conducta anterior. (...). Y abunda el fallo afirmando que: El ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho y ese acto contradictorio provoca la inadmisibilidad de la pretensión cuando el sujeto pasivo ha modificado su situación por la confianza que ha despertado en él la conducta vinculante. Finalmente concluye el razonamiento, señalando que: DÉCIMO: (...) en la aplicación de la teoría de los actos propios el sujeto pasivo no necesita invocar o atribuir mala fe al sujeto activo, sino que le basta con demostrar la contradicción de la pretensión de este último. En otras palabras, esa inadmisibilidad se produce objetivamente, con prescindencia del grado de conciencia que haya tenido el agente al ejecutar la conducta contradictoria (...) Por otra parte, la buena fe del sujeto pasivo, como es regla, se presume y nace naturalmente de la confianza suscitada por la conducta vinculante y, por ello, el sentenciador no debe prestar atención a la eventual mala fe del sujeto activo, sino a la buena fe del sujeto pasivo”. (Rol Corte de Apelaciones de Concepción 775-2002; Rol Corte Suprema N° 1334-2007).*

CUARTO: Que, de acuerdo a lo anterior, y de los hechos de autos, a juicio de quien previene, la recurrente “Telefónica de Chile” vulneró la buena fe requerida en los actos propios al hacer valer sus pretensiones, específicamente, al pretender se declare la ilegalidad de los servicios prestados por los demandantes en autos.

Primeramente, y del análisis del fallo recurrido, quedó establecido en los autos - consideraciones vigésimo tercera, cuadragésima, cuadragésima primera, y cuadragésima segunda- que Telefónica de Chile ofrece los mismos servicios que las demandantes OPS, ETCOM, INTERLINK y SISTEK, ergo, si alude la ilegalidad de éstas, ella también prestaría dichos servicios fuera del marco legal.

En segundo lugar, y como lo hacen notar los informes técnico-económicos acompañados por “OPS Ingeniería” (a fojas 3815) y “ETCOM” (a fojas 1828 y 2123) y la documentación aportada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (fojas 3702 y siguientes), “Telefónica de Chile” vuelve a contrariar comportamientos anteriores en perjuicio de legítimas expectativas de terceros. A este respecto y de acuerdo al informe acompañado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en el año 2006, dicha entidad realiza una “*Consulta Pública*” titulada “*Remoción de obstáculos para el desarrollo de las telecomunicaciones en el corto plazo*”, la cual tenía por objeto diseñar políticas públicas relativas a perfeccionar el marco normativo de las telecomunicaciones con el objeto de sintonizar con la evolución tecnológica y comercial de éstas, en torno a tres ejes fundamentales: *equidad, competitividad y la protección de las personas*. En esta consulta pública, bajo el ítem “*Situaciones de vacío normativo*” la Subsecretaría de Telecomunicaciones, incluye el tema de los PABX y comunicaciones telefónicas móviles. A este respecto, la recurrente “Telefónica de Chile” contesta dicha consulta pública, solicitando la modificación del Oficio Circular N° 376 de 23 de diciembre de 2002, pues, a su juicio: *lo anterior (la circular N° 376) representa una dificultad para el desarrollo del sector dado que la configuración con la cual se sirve a los usuarios de alto tráfico actualmente, esto es, generar llamadas de salida a la red móvil a través de un banco de celulares interconectados internamente a la PABX del cliente(...)* y propone a la autoridad utilizar conexiones no inalámbricas para unir abonados a sus centros de conmutación, manteniendo éstos su calidad de abonado móvil para los efectos de la regulación; es decir, propone la utilización de los celulinks. En Agosto del mismo año 2006, la autoridad de telecomunicaciones presenta el “*Documento Respuesta*” -también acompañado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones de fojas 3702 y siguientes- en que condensa todas las propuestas recibidas en las materias consultadas, y en él se puede apreciar en el punto que nos interesa- que sólo ENTEL, TELSUR y TELCOY se opusieron a la modificación del Oficio Circular N° 376, y al respecto

señalan: “TELSUR y TELCOY: Plantean su desacuerdo con la propuesta, por cuanto a su juicio, fomenta el uso de soluciones Celulink (...).

Finalmente, en el mismo informe antes indicado, en el punto titulado “Comentarios de la autoridad”, señala ésta: “(...) mediante el repetidamente citado oficio de 2002, la Subsecretaría desestimó la posibilidad de enrutar directamente cualquier llamada desde una PABX a la red móvil, si el destinatario de la llamada era un abonado de dicha red. Actualmente dicho criterio, a la luz de la evolución tecnológica experimentada, en particular la que ha permitido desarrollar soluciones PABX con anexos de distinta naturaleza y funcionalidades, se estima que, además de no resultar indiscutible a la luz del artículo 23 de PTF de Numeraci 'f3n Telefónica, se ha convertido en un obstáculo para la optimización en el uso de las redes móviles que tiende a afectar no sólo a la inversión óptima en las mismas, sino que también la calidad del servicio prestado a los usuarios, por saturación de las celdas asociadas a ubicaciones que concentran grandes volúmenes de tráfico de salida hacia la red móvil desde las PABX corporativas.

La existencia de ese oficio circular ha limitado las posibilidades de las compañías para implementar las medidas más eficaces para enfrentar este problema, por lo que se ha hecho necesario establecer una nueva interpretación o ajuste normativo, para que ellas cuenten con la flexibilidad regulatoria que les permita precisamente establecer las soluciones más convenientes(...).”

De lo expuesto, a juicio de esta Ministro, no se encuentran motivos plausibles en autos para comprender no sólo el cambio de criterio de “Telefónica de Chile”, si no además, resulta ininteligible el vuelco en la primigenia intención de la Subsecretaría de Telecomunicaciones -la cual fluye de la consulta pública aludida, habida consideración además que, desde la publicación del documento respuesta y los hechos de autos no median más allá de ocho meses- y sus posteriores interpretaciones y conclusiones en el informe evacuado en autos a fojas seiscientos cuarenta y siguientes, lo cual no hace más que tiznar sus acciones a la luz de lo ya analizado respecto de los actos propios y la buena fe.

QUINTO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Ministra no puede más que rechazar la pretensión de la recurrente “Telefónica de Chile” por cuanto su

comportamiento vulnera la buena fe -uno de los pilares fundantes de nuestro sistema jurídico- y por ende, carecería de toda legitimación para pedir la ilicitud de la conducta de los demandantes de autos.

Se previene que el Ministro señor Brito concurre al rechazo de la alegación fundada en la circunstancia de haberse formulado cargos por ser ilegal la participación de los demandantes en el mercado teniendo únicamente en consideración que la alegación de la reclamante no consiste en demandar para la declaración de SUBTEL algún valor ligado a los temas de libre competencia sino, únicamente, la presencia ilegal de los reclamantes en el mercado de las comunicaciones atendidos los cargos que en tal sentido fueron formulados a algunos de los demandantes. Es claro que la resolución de los cargos referidos es una cuestión privativa de dicha fiscalizadora y que la resolución que en ellos recaiga habría de ser aceptada por los órganos del Estado en todo lo que diga estricta relación con el área de dicha autoridad. Lo anterior implica que la resolución podría ser apreciada para verificar consecuencias que afecten las reglas de libre competencia. El previniente entiende que en lo esencial el argumento de la reclamante se desarrolla a partir de que la actividad económica garantizada por la Constitución Política de la República es la que se lleva a cabo de acuerdo con la ley secundaria, y que en la situación de ilegalidad en que se encontrarían los demandantes no podrían ser considerados como agentes económicos, correspondiéndoles el trato de usuarios de servicios, mas no de prestadores. En la especie tal cuestión no puede recibir una respuesta concreta atendida la ineludible circunstancia de encontrarse pendiente la resolución de los cargos, decisión que, como se ha dicho, no corresponde a la jurisdicción de la libre competencia, sino a la administración del ramo. Por ello es que el previniente fue de opinión de desestimar este capítulo de la reclamación sólo en atención a que encontrándose pendiente la resolución de la denuncia, no es posible extraer conclusiones jurídicas de tal incierta situación.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y de las prevenciones sus autores.

Rol N° 8077-2009. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 07 de julio de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a siete de julio de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.