

Santiago, ocho de enero de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

En estos autos rol N° 58.909-2016 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, dictó sentencia el cuatro de agosto del año dos mil dieciséis, escrita a fojas 1382, por medio de la cual desestimó la demanda deducida por Constetel Limitada en contra de Telefónica Móviles Chile S.A., con costas.

Mediante presentación agregada a fs. 1 Constetel Limitada dedujo demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. basada en que la demandada habría infringido lo establecido en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al realizar una explotación abusiva de su posición dominante mediante prácticas exclusorias y de discriminación arbitraria en perjuicio de su parte, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil.

Al respecto acusa a la demandada de incurrir en esa conducta al cortar, sin justa causa ni consentimiento de su parte, 1.392 líneas asociadas a dos planes de telefonía celular, mismos que, según explica, constituyen un insumo esencial para la prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y de otros servicios, en especial por las condiciones comerciales que contienen.

Añade que su parte presta servicios como los



indicados, proveyéndolos en condiciones mayoristas a empresas operadoras que, a su vez, entregan servicios a clientes finales. En este sentido explica su actividad indicando que, por medio de sus servicios, la llamada del usuario no accede a la red de telefonía fija de origen sino que -por un enlace privado sobre internet- llega a instalaciones de su parte, donde, mediante un conversor de llamadas, se transforma en una llamada móvil a móvil on-net, de modo que la actora actúa como arbitrador ofreciendo a sus clientes un servicio de terminación de llamadas fijo-móvil todo destino móvil y fijo-móvil todo destino fijo, lo que resulta más atractivo que las llamadas tradicionales fijo-móvil, toda vez que el precio minorista de los planes comerciales que Constetel contrata es inferior a los precios mayoristas de los cargos de acceso, fijos o móviles, regulados por la Subtel. Consigna que para otorgar estos servicios su representada utilizaba 3.040 líneas telefónicas, 2.253 de las cuales fueron contratadas con Movistar y que, de entre ellas, 1.392 son líneas asociadas a los planes MDG 2000 y B5A Sparta, mismas que fueron cesadas unilateralmente por Movistar el 6 de septiembre de 2014 aduciendo un presunto uso fraudulento de las mismas.

Enseguida destaca que las referidas líneas de telefonía móvil constituyen un insumo esencial para la actividad de su parte debido a que no existen en el mercado



otros planes ofrecidos por Operadores Móviles con Red bajo las mismas condiciones comerciales y técnicas, de modo que no se registran sustitutos para las líneas suspendidas.

Califica la actuación de la demandada como una "explotación abusiva de una situación de dependencia económica", toda vez que Movistar es dominante en el mercado y, además, porque entre ambas partes existe una relación de dependencia económica, ya que para poder competir Constetel necesita del insumo que Movistar le había prestado sin interrupción alguna.

En cuanto al mercado relevante del producto, distingue dos mercados: uno principal, consistente en la prestación de servicios de telefonía móvil, que ha sido considerado como un mercado en sí mismo por los organismos de defensa de la libre competencia, y otro secundario, que comprende aparatos o terminales telefónicos móviles, constatación a partir de la cual define el mercado del producto como el de los "principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS". En lo que respecta a su ámbito geográfico sostiene que, dada la existencia de concesiones telefónicas que abarcan todo el territorio nacional, es preferible considerar la existencia de un mercado relevante nacional.

Luego subraya que, si bien en ese mercado compiten



once empresas, tres de ellas -en concreto, Movistar, Entel PCS y Claro- concentran el 97% del mismo según estadísticas de junio de 2014 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, teniendo la demandada de estos autos más del 38% del mismo.

Menciona como barrera de entrada a este mercado la disponibilidad de espectro radioeléctrico, misma que, desde otra perspectiva, constituye una ventaja competitiva para los operadores dominantes, destacando a continuación que las inversiones en red y el desarrollo de las tecnologías necesarias para operar en este mercado también constituyen importantes barreras a la entrada.

En cuanto a los efectos del actuar de la demandada, señala que el corte de las líneas ha perjudicado su desempeño competitivo, desde que ha puesto en riesgo su actividad como revendedor del servicio, de modo que luego del mencionado corte ha sufrido pérdidas mensuales netas de \$35.000.000, déficit que, según sostiene, coloca a su parte en inminente riesgo de quiebra, en particular porque los planes de que se trata eran los más convenientes en términos de costo por minuto y los que generaban la mayor parte del tráfico y el mayor volumen de ingresos.

Alega también, en relación a los efectos que la actuación denunciada ha causado en el mercado y en el bienestar general, que, como consecuencia del mismo, su parte se verá obligada a terminar una actividad económica



lícita de manera injusta e injustificada, causando así una menor intensidad competitiva, un aumento de costos para sus clientes y una reducción del nivel de competencia en la industria.

Termina solicitando que se acoja la demanda; se declare que Movistar ha infringido el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al ejecutar una explotación abusiva de su posición dominante, mediante prácticas exclusorias y discriminación arbitraria en perjuicio de Constetel, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil; ordenar a Movistar que se abstenga de ejecutar tales conductas abusivas, así como de cualquier otra que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores, y que se condene a la demandada al pago de una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o a la que se estime ajustada a derecho.

Al contestar Telefónica Móviles Chile S.A. pidió el rechazo, con costas, de la demanda. En subsidio, solicitó que no se imponga multa a su parte, puesto que el propósito del corte de los planes materia de autos fue defenderse legítimamente de una transferencia forzada que le provocaba pérdidas y perjudicaba el interés público; en subsidio de ello, y en caso de que se le aplique una multa, requirió que fuera atenuada en la mayor medida posible, dado que la



conducta reprochada no produjo efecto alguno en el funcionamiento competitivo del mercado respectivo ni tendió a hacerlo; no existió dolo ni culpa de Movistar y, por último, actuó sobre la base de su confianza legítima en la autoridad sectorial.

Al desarrollar su contestación expresa, en primer lugar, que la de autos no es una auténtica demanda de competencia sino que, en realidad, corresponde a un infundado intento por mantener las condiciones comerciales de planes que nunca fueron comercializados por su parte y que, por hechos ajenos a su voluntad, pudieron ser aprovechados por la demandante.

Enseguida reconoce el corte de servicio de las líneas de telefonía móvil asociadas a los planes MDG 2000 y B5A Sparta aludidas en la demanda, pero controvierte los demás hechos alegados por Constetel y las calificaciones e interpretación que de los mismos efectúa la actora. Al respecto subraya que dichos planes fueron configurados en el sistema de tratamiento de información de la compañía para ser ofrecidos a dos clientes del segmento empresas, pero que, sin embargo, en la validación interna a que fueron sometidos se detectó que adolecían de anomalías que impedían su comercialización, razón por la cual fueron cerrados, catalogados como nulos y jamás comercializados, aun cuando, por políticas internas de la compañía, no



fueron borrados del software.

Explica las anomalías detectadas en tales planes, precisando, en cuanto al denominado MDG 2000, que debiendo considerar 2.000 minutos por un cargo fijo de \$80.000 + IVA, incluía 120.000 minutos por el mismo cargo fijo, en tanto que el plan B5A Sparta debía tener un cargo fijo mensual de \$780.000 + IVA e incluir 15.000 minutos, pese a lo cual se le cargó un precio de \$9.890 + IVA por la misma cantidad de minutos.

Esclarecido lo anterior relata que en el mes de agosto de 2014 su parte descubrió que existían líneas activas asociadas a esos planes nulos, a saber, 1.753 para el plan B5A Sparta y 1.097 para el plan MDG 2000, y consigna que la activación de tales líneas se habría realizado a través de la figura de "Traspaso de Propiedad" o "Cambio de Plan", sin dar cumplimiento a los requisitos regulados por el artículo 42 del antiguo Reglamento de Servicios de Telecomunicaciones. Además, expone que quienes habrían habilitado el uso de las líneas telefónicas asociadas a esos planes serían, en su mayoría, ejecutivos de un call center, personal que, según indica, no habría estado autorizado para ello.

Añade que, en esas condiciones, el 28 de agosto de 2014 presentó una denuncia ante el Ministerio Público y el 4 de septiembre una querrela criminal en contra de todos



los que resulten responsables de los delitos de sabotaje informático, espionaje informático y alteración de datos, sancionados por la Ley N° 19.223, libelo que fue admitido a tramitación por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago el 5 de septiembre de 2014. Manifiesta que esa acción penal se fundó en la circunstancia de que uno o más sujetos habrían vulnerado los sistemas de seguridad de Movistar, ingresando ilegítimamente en sus sistemas informáticos, pues esta sería la única forma en que planes que se encontraban registrados como "Nulos" hayan sido comercializados.

A continuación consigna que las líneas de que se trata fueron activadas el 28 de noviembre de 2012 y el 17 de junio de 2013 y que su parte las suspendió el 6 de septiembre de 2014, una vez declarada admisible la querrela criminal. Agrega que después de efectuar el corte ofreció a los clientes afectados reemplazar los planes nulos por uno que se encontrara vigente a esa época, a lo que Constetel se negó.

Explica que el 9 de septiembre 2014 Constetel presentó un reclamo ante la Subtel, solicitando la reactivación de las líneas, más descuentos e indemnizaciones, y que por Resolución Exenta N° 1560/14 de 28 de octubre de ese año, esa repartición pública rechazó que los servicios fueran repuestos con las condiciones anotadas, ordenando, sin embargo, reponer el servicio "manteniendo las condiciones





originalmente convenidas entre las partes previas a la modificación del contrato no acreditado en autos", a la vez que mandó descontar los servicios no prestados o restituir lo pagado por Constetel, supeditando el pago de la indemnización por interrupción de servicios a los resultados del proceso penal.

En cuanto al mercado relevante, señala que sería el de la provisión de servicios de telecomunicaciones, dentro del cual distingue dos segmentos: por una parte, aguas arriba, el mercado de servicios de telefonía móvil, que cuenta con tres actores principales -Movistar, Entel PCS y Claro Chile S.A., y por otra, aguas abajo, el mercado de servicio de terminación de llamadas, en el que actúa como oferente la demandante.

Luego distingue si el servicio prestado es fijo-móvil on-net o si es fijo-móvil todo destino o fijo-móvil-fijo, y destaca que los planes "todo destino" ofrecidos por cualquier compañía son considerados sustitutos más o menos cercanos de los planes que diferencian tarifas según red de destino, toda vez que los precios de los primeros están convergiendo al precio de los segundos por la baja en los cargos de acceso y la prohibición de diferenciar tarifas según red de destino, de lo que se sigue, según afirma, que ninguno de los planes que ofrece cualquier compañía de telefonía móvil puede ser considerado como un insumo



esencial para operar en el mercado aguas abajo, pues los de otras compañías serían alternativas suficientes y razonables.

A continuación asevera que la conducta denunciada no cumple con las exigencias del tipo infraccional del abuso del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, por dos razones. En primer término, porque su parte no tiene una posición de dominio en el mercado, desde que, aguas arriba, compiten intensamente, como proveedores, todas las empresas de telefonía móvil que ofrecen planes de post-pago, independiente del tamaño de su red, de modo que Constetel no se encontraría en una relación de dependencia con Movistar; como segundo motivo de tal negativa expone que la conducta de que se trata no es abusiva porque está objetivamente justificada, considerando que el corte de los planes se debió a la necesidad objetiva de proteger un bien de dominio público como es el espectro radioeléctrico, en tanto no estaba siendo eficientemente asignado, defecto que redundaba en una distorsión del mercado que pone en riesgo la operación de otros actores del mercado aguas abajo.

Más adelante arguye que los hechos denunciados carecen de la aptitud objetiva de afectar la libre competencia, en especial porque el corte de las líneas de que se trata es procompetitivo, al eliminar una transferencia forzada que otorgaba ventajas competitivas injustificadas e ilegítimas



a Constetel.

Luego sostiene que, sin perjuicio de negar la presencia de los elementos objetivos del tipo infraccional que se le imputa, en los hechos tampoco concurre el elemento subjetivo del mismo, desde que no existirían incentivos económicos para excluir del mercado de terminación de llamadas fijo-móvil a un solo actor y de la importancia relativa de Constetel.

Finalmente, explica que su actuación se encuentra amparada en la confianza legítima en el proceder de la autoridad sectorial, puesto que la Subtel autorizó a Movistar para no reponer las líneas cortadas en las condiciones de los planes nulos.

Por sentencia escrita a fojas 1382 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desestimó la demanda interpuesta por Constetel Limitada en contra de Telefónica Móviles Chile S.A., con costas. Para arribar a esa determinación el Tribunal concluyó, en primer término, que el servicio prestado por Constetel es el de reventa de minutos de telefonía móvil "todo-destino", sea a través de un servicio de terminación de llamadas o por el solo arriendo de la tarjeta SIM, destacando sobre el particular que el producto comprado y vendido por Constetel es el mismo, vale decir, minutos "todo-destino", de manera que el servicio de terminación de llamadas no agregaría valor al



producto.

En lo que atañe al mercado relevante destaca que las partes coinciden en que se trata del de prestación de servicios de telefonía móvil, aun cuando difieren en ciertos aspectos. Sobre el particular los falladores consignan que la industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios en el último tiempo, especialmente con la introducción de los operadores móviles virtuales, situación que ha creado un mercado de facilidades de telecomunicaciones en el que los OMV adquieren acceso a las redes necesarias, de propiedad de los operadores móviles con red, para prestar servicios de telefonía móvil a los consumidores finales. En este contexto establecen que la industria de servicios móviles ya no estaría conformada por un mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil -como lo habían sostenido con anterioridad-, sino que por un mercado aguas arriba donde se transa el acceso a las redes móviles y por otro, aguas abajo, donde se comercializan servicios de telefonía móvil a clientes finales, constatación que les permite concluir que el mercado relevante de autos es el de la comercialización aguas abajo, o a nivel minorista, de servicios de telefonía móvil, en todo el territorio nacional.

Además, precisan que en el marco de esos servicios no



sólo se incluye el tráfico de voz sino también otros servicios que habitualmente se venden junto al anterior, como el de banda ancha móvil, y destacan, que los demandantes de éstos son usuarios finales de servicios de telefonía móvil como también aquellos que se dedican a la reventa de los mismos, como la demandante, mientras que los oferentes en este mercado son todos aquellos que ofrecen servicios de telefonía móvil a clientes finales, tales como las empresas concesionarias de bandas específicas del espectro radioeléctrico; los operadores móviles virtuales y las empresas que revenden los servicios o insumos que han comprado en este mercado minorista o que reoriginan llamadas. En este contexto, los jueces tienen por establecido que Constetel participa en el mercado relevante como oferente y demandante.

Asimismo, se deja expresamente asentado en el fallo que no existe información pública acerca de la proporción que representa la reventa de servicios de telefonía móvil dentro del mercado relevante y que tampoco existe en autos información fidedigna sobre la participación relativa de las empresas revendedoras de servicios de telefonía móvil en este mercado, habiendo sólo una aproximación en el informe de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 905, que da cuenta que la empresa que presta servicios de terminación de llamadas con más tráfico en términos de



minutos de salida desde la red de Movistar, sería OPS con un 21,9%, seguida por Intilco con un 10,6%, Voissnet con un 10,4% y Constetel con un 7,6%. Consignan, además, que no se acompañó información sobre la participación de mercado de empresas que prestan servicios de terminación de llamadas desde las redes de Entel y Claro, pese a lo cual, y si se mantuviesen las participaciones estimadas por la FNE respecto de la red de Movistar, la participación de la demandante dentro del mercado minorista sería de aproximadamente un 0,076%.

Enseguida examinan la dominancia de Movistar en el mercado de que se trata y para ello estiman necesario determinar las participaciones de mercado de las empresas que compiten en el mercado relevante, las condiciones de entrada al mismo y las características de los servicios ofrecidos.

Sobre esta materia, comienzan asentando que Movistar es la empresa con mayor participación en el mercado relevante, con un 38,7%, seguida de Entel y Claro que tienen una participación de un 35,6% y de un 22,4% respectivamente, de modo que, según concluyen, se trata de un mercado altamente concentrado, con un índice de HHI de 3.270.

Sin perjuicio del referido nivel de concentración, estiman los jueces que una empresa con una cuota de mercado



cercana al 39%, que se enfrenta a dos rivales con participaciones de un 36% y un 22% en el mismo mercado, difícilmente podría ser catalogada como dominante sobre la base de este único criterio, puesto que sus decisiones de oferta de planes a usuarios finales podrían estar disciplinadas al menos por uno de sus rivales.

Analizan a continuación las condiciones de entrada a este mercado, y al respecto subrayan que no es posible identificar importantes barreras estructurales a su ingreso, desde que cualquier concesionario de telecomunicaciones puede participar en este mercado como operadores móviles virtuales utilizando la infraestructura de las operadores móviles con redes, aun cuando en autos no existe evidencia que la reciente entrada de múltiples OMV haya generado una presión competitiva relevante sobre las tres empresas más importantes del mercado. En esas condiciones, concluyen que la indisponibilidad de espectro radioeléctrico, alegada por la actora, no puede ser considerada como una barrera de entrada al mercado relevante de que se trata, es decir, al mercado minorista, puesto que en éste no se necesita contar, necesariamente, con espectro radioeléctrico para ofrecer los servicios. Por el contrario, asientan que el acceso al espectro sólo es necesario para entrar al mercado aguas arriba, en el que, sin embargo, no opera Constetel.



Por último, y en cuanto a las características de los servicios ofrecidos, recuerdan que la demandante sostuvo que las líneas telefónicas materia de autos constituyen un insumo esencial por las condiciones comerciales que aparejan, de lo que se seguiría, al tenor de lo manifestado por la actora, que ésta se encuentra en una relación de dependencia económica con Movistar.

Sobre este particular descartan que los planes de que se trata sean un insumo esencial para la demandante, en atención a que los planes MDG y B5A no cuentan con diferenciación entre minutos on-net/off-net, de manera que los minutos incluidos en ellos pueden ser sustituidos por minutos comprados a cualquier compañía bajo cualquier plan; además, porque no hay evidencia en el expediente que permita afirmar que el producto ofrecido por Movistar no pueda ser replicable al mismo costo por otras empresas minoristas, al menos teóricamente, independiente del precio al cual decidan venderlo y, finalmente, porque la mera diferencia de precio del insumo con sus posibles sustitutos no es razón, por sí sola, para calificar un insumo como esencial. Por lo mismo, desechan la existencia de la dependencia económica alegada por Constetel.

En conformidad a tales razonamientos, los sentenciadores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyeron que no es dable afirmar que





Movistar sea dominante en el mercado relevante definido en autos, a lo que añadieron que tampoco se probaron los efectos de las conductas denunciadas.

En relación a este último tópico tienen por acreditado que la demandada facturó a la demandante los servicios asociados a las líneas cortadas y, además, que los servicios facturados fueron pagados por la demandante.

Del mismo modo subrayaron que las partes no controvirtieron que las líneas telefónicas asociadas a los planes MDG y B5A fueron cesadas por Movistar a Constetel el 6 de septiembre de 2014, y tuvieron por demostrado a continuación, que el mencionado corte afectó también a clientes distintos de Constetel, que corresponden a personas naturales y jurídicas con giro distinto al de revendedores o de prestadores de servicios de terminación de llamadas.

En cuanto a los precios de los planes, tuvieron por comprobado que el llamado MDG tenía un cargo mensual de \$80.000 + IVA e incluía 120.000 minutos "todo destino", mientras que el plan B5A tenía un precio mensual de \$9.890 + IVA e incluía 15.000 minutos, de modo que el plan MDG tenía un precio promedio por minuto de \$0,67 + IVA y el plan B5A uno de \$0,66 + IVA, valores que difieren notoriamente de los precios que se observan regularmente en el mercado.



Establecido tal marco fáctico destacan que la magnitud de esta diferencia configura un indicio de que estos planes se estaban vendiendo por debajo de su costo, apreciación que estiman corroborada por la diferencia que existe entre los precios de los planes y los cargos de acceso regulados por la Subtel, que a esa fecha estaban fijados en \$15,4 por minuto. En efecto, subrayan que el hecho que el precio de los planes equivalga a menos de un 5% de los cargos de acceso constituye una prueba muy relevante para concluir que los planes estaban siendo vendidos, sin lugar a dudas, muy por debajo de su costo de provisión.

En estas condiciones tienen por demostrado que Constetel accedió a planes con precios inferiores en un 95%, aproximadamente, al cargo de acceso, circunstancia que le permitió competir en el mercado minorista como revendedor con una ventaja que no está basada en sus méritos, lo que distingue un proceso competitivo de aquel que no lo es.

Se deja además asentado explícitamente que la actora tampoco acreditó que la conducta atribuida a la demandada hubiese provocado un cierre del mercado y, más aún, destacan que del expediente consta que los planes no cuentan con diferenciación entre minutos on-net/off-net; que otras empresas minoristas podrían replicarlos, al menos teóricamente, y que Movistar ofreció planes de acuerdo a



condiciones de mercado luego del corte, todo lo que confirma tal conclusión.

Finalmente, y por no haberse probado la dominancia de Movistar en el mercado relevante de que se trata, ni los efectos negativos en la competencia de las conductas denunciadas, estiman innecesario analizar las justificaciones dadas por la demandada sobre el corte de los planes.

En contra de tal determinación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la demandante dedujo recurso de reclamación.

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

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en un primer capítulo de su recurso de reclamación la actora alega que las conductas imputadas fueron expresamente reconocidas por Movistar en el proceso y que constituyen una reiterada práctica de autotutela.

Así, esgrime que si bien Movistar reconoce la interrupción unilateral de las líneas de que se trata, intenta justificar su proceder haciendo valer dos motivos: uno, referido a su eventual habilitación fraudulenta y, otro, consistente en que tendrían precios por debajo de sus costos. Sin embargo, sostiene que la eventual habilitación fraudulenta de los planes no ha sido probada, siendo



materia de un juicio penal en el que su representada no ha sido acusada, por lo que ninguna responsabilidad le cabe en esos supuestos hechos. Asevera que, por el contrario, consta en autos que los citados planes fueron facturados regularmente por Movistar a su parte por dos años, a lo menos, quien los pagó oportunamente, evento que permite descartar que se trate de un "fraude informático".

Esgrime que, incluso, si el fraude informático fuese probado por la justicia penal su parte no tiene por qué pagar las consecuencias del mismo, siendo de exclusiva responsabilidad de Movistar administrar y proteger sus sistemas informáticos, a los que Constetel, sus relacionadas y sus ejecutivos no tienen acceso alguno.

Enseguida se refiere al segundo argumento hecho valer por la demandada para justificar el corte de que se trata, consistente en que los planes tenían precios muy por debajo de sus costos, circunstancia que, según sostiene, tampoco fue acreditada, de lo que se deduce que la interrupción del servicio tantas veces referida no fue sino una práctica de autotutela, de lo que deduce que Movistar ha abusado de su posición de dominio para sacar del mercado a un competidor como Constetel.

En un segundo acápite insiste en que Movistar provee a su parte de un insumo esencial para el desarrollo de su actividad.



En tal sentido expresa que si bien los precios promedio que habitualmente ofrecen Movistar y los demás operadores en el mercado minorista son muy superiores a \$0,67 por minuto, y que ninguno -salvo Movistar- ofrece precios promedio tan bajos como el mencionado, dicho precio de \$0,67 por minuto fue libremente determinado por Movistar, quien adoptó esta decisión con el sólo objeto de retener a clientes que manifestaban su intención de migrar a otro operador. Explica que, en consecuencia, el precio promedio de \$0,67 por minuto de los planes MDG y B5A es discriminatorio, desde que es notablemente inferior a los precios promedio que la propia Movistar aplicaba en otros planes similares del mercado minorista, siendo su objetivo el de impedir que los clientes migren, esto es, por su intermedio se pretendía entrabar la libre competencia.

En cuanto a la afirmación de los sentenciadores referida a que los planes MDG y B5A no serían un insumo esencial, expresa su sorpresa, porque esa conclusión desconoce la importancia de los precios en una transacción económica y contraría toda racionalidad económica, legal y jurisprudencial.

En otro apartado alega que diversas sentencias dictadas por esta Corte, destinadas a aumentar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, no han sido consideradas por la demandada, ni por las autoridades



encargadas de velar por su cumplimiento; así, asegura que en múltiples pronunciamientos este tribunal ha intentado corregir las prácticas anticompetitivas del sector de las telecomunicaciones, en las que generalmente ha estado involucrada la demandada, disponiendo que sobre ella -y demás operadores dominantes- pesa un especial deber de cuidado, de modo que no reincidan en la transgresión a la libre competencia y sean especialmente cautelosas en el cumplimiento del Decreto Ley N° 211. En este sentido cita un fallo de 27 de enero de 2009, que versa sobre los límites a la acumulación de espectro radioeléctrico, así como la causa rol N° 7781-2010, en la que se condenó a las dominantes y se las obligó a presentar una oferta de facilidades o reventa de planes para operadores móviles virtuales, ninguno de los cuales, a su entender, ha sido cumplido.

En cuarto lugar se refiere a la supuesta falta de posición dominante de Movistar en el mercado y a los efectos en éste de las conductas denunciadas, alegando que el fallo impugnado contradice diversas sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de esta Corte que han reconocido que Movistar es uno de los tres actores con posición de dominio en el mercado.

En consecuencia, estima que la conclusión del tribunal de ausencia de posición de dominio carece de fundamento al



punto de que, incluso, contradice otros razonamientos de la misma sentencia, en que -por ejemplo, en el fundamento vigésimo segundo- se concluye que el mercado sigue siendo muy difícil de desafiar, lo que confirma la posición de dominio de Movistar junto a Entel y a Claro. En tal sentido sostiene que la actuación de la demandada, por cuyo intermedio pretende traspasar impunemente errores internos, es una clara manifestación de su posición dominante.

En el siguiente capítulo manifiesta que los efectos producidos por las conductas denunciadas en relación al mercado y a Constetel han sido reales, concretos y altamente perjudiciales, al punto que su parte ha debido despedir a casi todos sus trabajadores y prepararse para enfrentar una quiebra inminente.

En sexto término subraya la calidad de reincidente de la demandada, desde que en estos autos y en la causa que fuera objeto del fallo 88/2009, a su juicio, se discute lo mismo, esto es, la eventual ilicitud de los planes contratados por Constetel y un eventual estrangulamiento de márgenes, al pretender subir unilateralmente los precios.

En otro apartado se refiere al especial deber de cuidado que ha debido tener Movistar y al efecto expresa que, resultando innegable la posición dominante de Movistar en el mercado relevante, su actuación ha debido ser particularmente diligente, evitando dañar la competencia a



partir de antecedentes injustificados y respecto de empresas que nada tienen que ver con los errores internos de la propia demandada, así como soslayando generar situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico, deberes que, según acusa, han sido quebrantados por Movistar, infracción que le impone responsabilidad anti-monopólica al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211.

Por último, aduce la improcedencia de la condena en costas impuesta a su parte, toda vez que los antecedentes que dan cuenta de la efectividad de los hechos denunciados confirman lo injustificado de tal decisión, así como la buena fe de su parte y el motivo más que plausible que ha tenido para litigar, a lo que adiciona que, siendo su parte un actor pequeño en el mercado, no cuenta con recursos materiales para interponer demandas temerarias o infundadas, sobre todo tratándose de un proceso particularmente oneroso como es el previsto en el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211.

Termina solicitando que se enmiende la sentencia y, en su reemplazo, se dé lugar a la demanda en todas sus partes, con costas; en subsidio, pide que no se condene en costas a su parte, en razón de haber obrado con evidente buena fe y haber tenido motivo plausible para litigar.





**SEGUNDO:** Que al comenzar el examen del recurso deducido por la demandante cabe recordar que la demandante acusa a Telefónica Móviles Chile S.A. de abusar de la posición de dominio de que goza en el mercado de la telefonía móvil, proceder que se habría materializado en la interrupción, dispuesta unilateralmente por dicha compañía, del servicio que prestaba a su parte mediante 1.392 líneas asociadas a dos planes de telefonía celular.

**TERCERO:** Que en este sentido resulta relevante dejar asentado desde ya que la legislación de la libre competencia, y en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que cumple distintas funciones, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita y acota el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en la



afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

En este aspecto se ha dicho que *"la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades según explicaremos y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006. Página 188).

También se ha sostenido que en *"economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos"*, a lo que se añade que *"Libre competencia en sentido jurídico,*



*significa igualdad jurídica de los competidores". (Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil", en Temas de Derecho Vivo. Editorial Tecnos, página 142).*

La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Así, se ha manifestado que *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado".* (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en "Libre Competencia y Monopolio", página 190).



De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger *"no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro"* (Domingo Valdés Prieto, obra citada, página 187).

**CUARTO:** Que asentado lo anterior conviene recordar que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211 dispone, a la letra: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o*



*prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*

*Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*

*a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*

*b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

*c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*



**QUINTO:** Que en relación a la figura de abuso de posición dominante contemplada en la letra b) recién transcrita, es pertinente expresar que, según se ha sostenido, *"consiste en la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaliéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere. El ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia. Si no existe vulneración de la libre competencia, el ejercicio del poder de mercado respectivo no podrá ser calificado de antijurídico, al menos desde una perspectiva antimonopólica"*. (Domingo Valdés Prieto, obra citada, página 545).

Asimismo, se ha explicado que la *"posición dominante, por lo general, se corresponde con un poder de mercado [...] El poder de mercado ha de ser medido al interior del respectivo mercado relevante, el cual viene definido por el bien o producto de que se trate y la respectiva área geográfica en la cual aquél es objeto de transacciones dotadas de aptitud para influirse recíprocamente"* (Domingo Valdés, obra citada, páginas 551 y 552).



Por otro lado cabe destacar que, como se ha expresado por el autor citado, "la voz 'abuso' da cuenta del empleo impropio, inmoderado o injusto que se realiza de algo. [...] El abuso que interesa al Derecho antimonopólico es aquel consistente en el empleo de una cosa contra Derecho y no el mal uso impropio o inmoderado de una cosa, atendidas las exigencias de la naturaleza de esta última.

Ese algo que se puede emplear contra Derecho, no es un derecho -como acontece en la teoría del abuso del Derecho-, sino que es una situación fáctica, peculiar de un determinado mercado relevante y que se conoce como poder de mercado. De lo anterior se sigue que no cabe plantear un abuso monopólico en abstracto, sino que éste se halla supeditado a la efectiva existencia de un poder de mercado al interior de un mercado relevante, el cual pueda ser ejercitado en forma abusiva" (Domingo Valdés, obra citada, páginas 554 y 555).

**SEXTO:** Que, en consecuencia y al tenor de lo hasta aquí manifestado, para que se verifique la conducta reprochada a la demandada, vale decir, el abuso de posición dominante contemplado en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, resulta indispensable que se acrediten a lo menos las siguientes circunstancias: que la reclamada ostente, de manera efectiva y respecto de un mercado relevante determinado, una posición dominante o poder de mercado; que



haga un uso abusivo de esa posición y, por último, los efectos de tal proceder en ese específico mercado.

**SÉPTIMO:** Que, sin embargo, ninguna de las situaciones antes referidas se ha acreditado en autos.

En efecto, y siguiendo el orden propuesto en el razonamiento que antecede, se hace necesario examinar, en primer lugar, cuál es el mercado relevante en el asunto de cuya decisión se trata.

Al respecto, y tal como lo expuso en su demanda, la actora manifiesta que su actividad consiste en la prestación de servicios de terminación de llamadas, que incluye categorías que denomina "fijo-móvil on-net", "fijo móvil todo destino móvil" y "fijo móvil todo destino fijo". Asimismo explica que dicha labor se lleva a cabo mediante el reoriginamiento de las llamadas de sus clientes, de manera tal que cada una de esas llamadas se efectúe con cargo a los planes que Constetel tiene contratados.

Sin embargo, y contradiciendo lo expuesto en la demanda presentada por Constetel Ltda., el representante legal y dueño de esa compañía manifestó en la diligencia confesional solicitada por la demandada, prestada a fs. 757 y siguientes, que *"si yo, que es lo que hago hoy día, le arriendo el insumo chip con el plan incluido a un operador móvil virtual, no soy yo el que da la terminación fijo móvil, la hace mi cliente, lo que yo hago es hacer reventa*





*de minutos mediante el arriendo de la sim o de recibir la llamada en desborde".*

En ese contexto, y considerando que los planes materia de autos no distinguen entre llamadas on-net y off-net, vale decir, no diferencian entre aquellas comunicaciones realizadas dentro de una misma red de otras originadas en la red de una compañía y terminadas en la red, de otra concesionaria, es dable concluir, tal como lo exponen acertadamente los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que el servicio prestado por la demandante es el de reventa de minutos de telefonía móvil "todo-destino", ya sea a través de un servicio de terminación de llamadas o por el sólo arriendo de la tarjeta SIM.

Esclarecido lo anterior, y en lo que toca al mercado relevante en autos, cabe subrayar que las partes coinciden en que corresponde, en principio, al de prestación de servicios de telefonía móvil.

Empero, discrepan en cuanto la demandante lo define como el mercado de los "*principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, internet móvil y servicios complementarios como SMS*", distinguiendo un mercado principal, consistente en la prestación de servicios de telefonía móvil, y otro



secundario, que comprende aparatos o terminales telefónicos móviles necesarios para la utilización de los servicios.

Por su parte, Movistar sostiene que corresponde al de provisión de servicios de telecomunicaciones, en el que diferencia dos segmentos. Uno, aguas arriba, correspondiente al mercado de servicios de telefonía móvil, que cuenta con tres actores principales, cuales son Movistar, Entel PCS y Claro Chile S.A.; por otro lado, alega que existe un mercado aguas abajo, constituido por el servicio de terminación de llamadas, en el la actora interviene como oferente.

En relación a esta materia la demandada aparejó a los autos un informe económico, que se lee a fs. 1123, denominado "Impactos competitivos del retiro de líneas por parte de Movistar a Constetel", suscrito por don Aldo González Tissinetti, en el que se concluye que en la especie existen dos mercados verticalmente relacionados. Uno, ubicado aguas arriba, en el que se encuentran los operadores móviles con redes, esto es, aquellos que cuentan con espectro radioeléctrico y con la infraestructura necesaria para el desarrollo de las comunicaciones; y otro, situado aguas abajo o mercado intermediario, que está compuesto por empresas que compran minutos en grandes volúmenes a esas operadoras con redes para revenderlos a usuarios finales, y en el que es posible identificar a los



reoriginadores, a los operadores móviles virtuales y a los revendedores propiamente dichos, como la actora.

De tales antecedentes es posible inferir que, tal como se razona en el fallo en análisis, la industria de servicios móviles está conformada por un mercado aguas arriba, donde se transa el acceso a las redes móviles, y por otro, emplazado aguas abajo, en el que se comercializan servicios de telefonía móvil a clientes finales, de modo que es posible dar por establecido que el mercado relevante en estos autos es el de la comercialización a nivel minorista, o aguas abajo, de servicios de telefonía móvil, en todo el territorio nacional, que incluye el tráfico de voz y otros servicios, como el de banda ancha móvil.

**OCTAVO:** Que esclarecido lo anterior procede examinar el segundo aspecto definido en el fundamento sexto que antecede, esto es, la efectividad de que la demandada ostenta, en el mercado relevante definido previamente, una posición dominante o poder de mercado.

Para establecer si en la especie concurre esa exigencia es necesario determinar, en primer término, qué participación en el mercado relevante corresponde a cada una de las empresas que compiten en él; luego es preciso examinar las condiciones de entrada al indicado mercado y, finalmente, qué características presentan los servicios ofrecidos por tales empresas.



Sobre el particular cabe destacar que en su demanda la actora aduce que en el mercado materia de autos compiten once empresas, tres de las cuales (que corresponden a Movistar, Entel PCS y Claro) concentran el 97% de la participación, precisando que la demandada abarca más del 38% del mercado.

En este sentido cabe enfatizar que el informe económico acompañado por la demandada a fojas 1123, da cuenta que a diciembre de 2014 la demandada, esto es, Movistar, es efectivamente la empresa con mayor participación en el mercado relevante definido precedentemente, con un 39,3%; a continuación la sigue Entel PCS con una participación de mercado de un 36,1% y, por último, se ubica Claro, que abarca un 22,7% del mentado mercado. Asimismo, en este mercado participan otras empresas, tales como Nextel, con 1,4% de participación y VTR, con un 0,44%.

Pese a la contundencia de las cifras, y dado que la demanda de fs. 1 se ha dirigido exclusivamente en contra de Movistar (aun cuando en ella se menciona la participación de mercado de las tres sociedades más importantes), no es posible concluir, a partir de esta sola información, que la demandada goce de una posición de dominio en el mercado relevante de que se trata. En efecto, si bien Telefónica Móviles Chile S.A. presenta una alta cuota de mercado, que



excede levemente del 39%, es lo cierto que se enfrenta a dos competidores que, individualmente considerados, registran participaciones de un 36% y de un 22% del mismo mercado, esto es, cercanas en conjunto al 60% del mercado de que se trata, constatación de la que se sigue que las decisiones de la demandada en este ámbito podrían estar disciplinadas cuando menos por uno de sus competidores.

**NOVENO:** Que, en lo que concierne al segundo aspecto mencionado en el basamento que precede, cual es, el referido a las condiciones de entrada a este mercado, cabe precisar que la actora identifica en su demanda, como barrera de ingreso a este mercado, la disponibilidad del espectro radioeléctrico.

Corresponde subrayar que, como se tiene por establecido en el fallo en revisión, no existen importantes barreras estructurales de acceso al mercado de que se trata, desde que cualquier concesionario de telecomunicaciones puede participar en él como operador móvil virtual mediante el empleo de la infraestructura de las operadores móviles con redes, aseveración que se ve corroborada por el informe de fojas 1123, del que aparece que a diciembre de 2014 seis empresas ya operaban como tales operadores móviles virtuales, en concreto Virgin, Falabella Móvil, Telsur, Netline, Telestar e Inter-export.



En esas condiciones, y atendida la relevancia del hecho descrito en el párrafo que antecede, no es posible concluir que la indisponibilidad de espectro radioeléctrico alegada por la demandante pueda ser considerada, verdaderamente, como una barrera de entrada al mercado relevante definido en esta causa, vale decir, al mercado minorista, toda vez que, como ha quedado asentado en lo que antecede, en éste no se necesita contar, de manera insoslayable, con espectro radioeléctrico para ofrecer los servicios de cuya prestación se trata. Por el contrario, el referido acceso sólo es necesario para ingresar al mercado aguas arriba, es decir, aquel en que se transa el acceso a las redes móviles, mismo en el cual, según se ha dicho, no opera la demandante, Constetel Ltda.

**DÉCIMO:** Que para finalizar este capítulo es menester hacerse cargo del último aspecto aludido en el razonamiento octavo, referido a las características de los servicios ofrecidos, materia sobre la cual la actora adujo que las líneas telefónicas objeto del corte denunciado en su demanda constituyen un insumo esencial por las condiciones comerciales que los planes asociados a ellas presentaban, añadiendo que, por lo mismo, su parte se encuentra en una relación de dependencia económica con Movistar.

Al iniciar el examen de este punto es del caso recordar que, como quedó asentado precedentemente, Movistar



no goza de una posición de dominio en el mercado relevante en análisis, de manera que no es posible aseverar que detente un carácter monopólico en la venta de planes de telefonía móvil y, por consiguiente, no cabe concluir, a diferencia de lo sostenido por la actora, que los planes a que se refiere la demanda de fs. 1 constituyen un insumo esencial en la actividad económica desarrollada por esta última.

En este sentido, se hace necesario examinar la replicabilidad de los planes materia de autos, y al respecto cabe consignar que el producto ofrecido en el mercado relevante de autos, visto desde la perspectiva de un revendedor de mediana o gran escala, se presenta como un bien homogéneo, en tanto no se advierten impedimentos para que cualquier empresa oferente pueda replicar el plan de un competidor, a lo menos en lo que respecta a las características del servicio. En consecuencia, y atendidas las condiciones descritas, forzoso es concluir que el bien objeto de autos resulta ser, efectivamente, replicable.

En estas circunstancias y en atención a lo expuesto, esta Corte arriba a la convicción de que los planes de telefonía móvil materia de la demanda no constituyen un insumo esencial para Constetel, desde que, por una parte, no cuentan con diferenciación entre minutos on-net y off-net, de manera que los minutos incluidos en ellos pueden



ser sustituidos por minutos comprados a cualquier compañía bajo cualquier plan; en segundo término, porque no se aportó evidencia al proceso que permita establecer fehacientemente que el producto ofrecido por la demandada no pueda ser replicado al mismo costo por otras empresas, y, por último, debido a que la mera diferencia de precio del insumo con sus posibles sustitutos resulta insuficiente, por sí sola, para otorgar a un insumo esa calificación.

Tales disquisiciones conducen, lógicamente, a descartar la existencia de la dependencia económica alegada por Constetel respecto de Movistar, considerando que los planes que sirven de base a su demanda no pueden ser entendidos como un insumo esencial de su actividad empresarial, siendo replicables, al menos en principio, por otras sociedades distintas de la demandada.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que los antecedentes y razonamientos expuestos en lo que precede demuestran de manera fehaciente que la demandada no ostenta una posición dominante en el mercado relevante definido en esta causa, motivo suficiente por sí solo para desechar la reclamación deducida por Constetel Ltda. en contra del fallo que, basado en semejante constatación, decidió rechazar la demanda de fs. 1.





**DÉCIMO SEGUNDO:** Que si bien la anotada carencia de poder de mercado que beneficie a la demandada impide acceder a la demanda, puesto que, en esas condiciones, no es concebible el uso abusivo de una situación inexistente, resulta necesario hacer referencia a los efectos que la demandante atribuye a las conductas denunciadas, y que hace consistir en que ha puesto en riesgo su actividad económica, en particular porque los planes de que se trata eran los más convenientes con que contaba, en términos de costo por minuto.

Sobre este particular cabe destacar que, tal como quedó asentado en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esos efectos no fueron debidamente comprobados en la causa. En efecto, los precios de los planes MDG y B5A, de \$0,67 + IVA y de \$0,66 + IVA, respectivamente, difieren notoriamente de los precios que se observan regularmente en el mercado, como se concluye en el informe económico de fs. 1123, y la magnitud de tal diferencia constituye un indicio de que estaban siendo vendidos por debajo de su costo, máxime si se atiende a la diferencia existente entre esos precios y el valor de los cargos de acceso regulados por la Subtel, que a esa fecha estaban fijados en \$15,4 por minuto. En consecuencia, si el precio de los planes equivale a menos de un 5% del monto de los cargos de acceso, no cabe sino concluir que los planes



de que se trata estaban siendo vendidos muy por debajo de su costo de provisión y que, por consiguiente, la demandante pudo competir con una ventaja que no está basada en sus méritos, situación que distingue, precisamente, a un proceso competitivo de aquél que no lo es.

**DÉCIMO TERCERO:** Que establecido lo anterior, es del caso analizar las alegaciones de la reclamación de fs. 1404 en su conjunto.

En relación al primer fundamento del recurso corresponde dejar asentado que si bien es cierto la demandada reconoció explícitamente haber interrumpido el servicio asociado a los planes materia de autos, no cabe analizar las justificaciones esgrimidas por Movistar para obrar de esa manera, toda vez que, como se dijo más arriba, no ha resultado demostrada la ocurrencia del ilícito anticompetitivo atribuido a la demandada como consecuencia de tal interrupción, de modo que dicho examen es innecesario e irrelevante.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, por otra parte, para desestimar la reclamación en cuanto denuncia que el fallo en examen incurre en errores -al desechar la calificación de insumo esencial del servicio provisto por la demandada a su parte; cuando concluye también que Movistar no goza de una posición dominante en el mercado; cuando desestima la veracidad de los efectos atribuidos a las conductas



denunciadas, tanto en el mercado como respecto de su parte, y que yerra además al no exigir a la demandada el cumplimiento de un especial deber de cuidado como consecuencia de la innegable posición de dominio que ostenta en el mercado relevante-, basta consignar que tales materias fueron objeto de extenso análisis en los fundamentos que anteceden, examen que permite arribar a la convicción de que los requisitos del ilícito anticompetitivo reprochado a Movistar no concurren en el caso en examen, de modo que resulta innecesario volver a revisarlos.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, por otra parte, el recurrente asevera que esta Corte ha pronunciado diversas sentencias destinadas a aumentar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, decisiones que, sin embargo, no han sido consideradas por la demandada, ni por las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento.

Sostiene que, en efecto, en múltiples pronunciamientos esta Corte ha intentado corregir las prácticas anticompetitivas del sector de las telecomunicaciones, actuaciones en las que, por lo demás, ha estado habitualmente involucrada la demandada, disponiendo que sobre ella y demás operadores dominantes pesa un especial deber de cuidado, de modo que no reincidan en la transgresión a la libre competencia y sean especialmente



cautelosas en el cumplimiento del Decreto Ley N° 211, pronunciamientos que, según sostiene, no habrían sido cumplidos por Movistar.

Para desechar este capítulo del recurso basta con señalar que los fundamentos fácticos de esas aseveraciones, además de no haber sido comprobados, aun en el evento de haberlo sido, no se ha establecido que se trate de hechos o circunstancias similares u homologables, ello sin perjuicio de añadir que no es ésta la sede procesal idónea para discutir acerca de tales eventuales incumplimientos.

**DÉCIMO SEXTO:** Que el recurrente denuncia, además, que el fallo no ha considerado debidamente la calidad de reincidente de la demandada, circunstancia que, sin embargo, y dado el rechazo de la demanda que se ha anunciado, no es necesario examinar.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, por último, la reclamante sostiene la improcedencia de la condena en costas impuesta a su parte fundada en que los antecedentes dan cuenta de la efectividad de los hechos denunciados, así como la buena fe con que ha obrado y la circunstancia de haber tenido motivo más que plausible para litigar.

Para rechazar esta parte del recurso basta consignar que, a diferencia de lo argüido por la actora, los hechos en que asienta su demanda no fueron comprobados, de modo



que su pretensión fue íntegramente desestimada, resultando, por ende, totalmente vencida.

En estas condiciones, resulta evidente que la condena en costas que le fuera impuesta se ajusta plenamente a la legislación vigente, máxime si se considera que, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto Ley N° 211, el Título XIV del Libro I del Código de Procedimiento Civil puede ser aplicado supletoriamente en la especie y de acuerdo a la norma del artículo 144, incluido en él, la *"parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas"*.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que en consecuencia, de lo expuesto no cabe sino concluir que la demandada no ha incurrido en los atentados en contra de la libre competencia que le han sido atribuidos, tal como lo asentó el fallo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, motivo por el que la reclamación en examen será desestimada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 3, 5, 18, 27 y 29 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211, se **rechaza**, con costas, el recurso de reclamación deducido por Constetel Limitada en fs. 1404 en contra de la sentencia de cuatro de agosto de dos mil dieciséis, escritas a fs. 1382.



Se **recomienda** a los señores Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia disponer lo pertinente a fin de concretar el efectivo cumplimiento de las sentencias dictadas en relación a materias propias del mercado telefónico, así como de las diversas recomendaciones que en este ámbito se han impartido a ese tribunal.

Se **previene** que los Ministros Sr. Muñoz y Sr. Aránguiz fueron de parecer de llamar la atención a los jueces del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia atendido el excesivo tiempo empleado en la tramitación de estos autos y la consiguiente demora que ello ha provocado.

Acordada, en lo que concierne a la condena en costas del recurso, con el voto **en contra** de los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Egnem, quienes estuvieron por no imponer esa carga a la parte recurrente.

Acordada, en lo que concierne a la recomendación efectuada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con el voto **en contra** de las Ministras Sra. Egnem y Sra. Sandoval, quienes estuvieron por no formularla.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Egnem y de la prevención, sus autores.

Rol N° 58.909-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa



Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con feriado legal. Santiago, 08 de enero de 2018.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a ocho de enero de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

