Santiago, de cuatro julio de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos rol Nº 6236-06 y en lo pertinente a los recursos de reclamación que se han deducido, ha de tenerse presente que Voissnet S.A. interpuso, a fojas 21, una demanda contra la Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A. -, en adelante C.T.C. - por la cual adujo que ésta ha incurrido en conductas que reputa contrarias a la libre competencia. Funda su alegación, en que C.T.C. ha estipulado en los denominados: “Contratos de Servicio de Megavía DSL” que celebró con distintos proveedores del servicio de Internet, I.S.P., -tendientes a facilitar una conexión de acceso a Internet, a través de la red de banda ancha- una serie de prohibiciones que ha impuesto, como son las de suministrar prestaciones de servicio de Telefonía IP, para transmitir la voz; impedir la instalación de equipos detrás del sistema MODEM de C.T.C.; de compartir sus accesos de banda ancha con terceros, así como el ruteo de paquetes de datos entre usuarios conectados al servicio de Megavía D.S.L. entre otras; todo ello, sin expresa autorización de C.T.C.

Ha argüido la actora al respeto que, en razón de la propiedad que tiene C.T.C. de las redes de comunicación de telefonía pública y de banda ancha, ha pretendido hacer prevaler la posición dominante que detenta en el mercado, para procurar controlar el acceso y la utilización de la red de internet, al restringir su ingreso y empleo a los usuarios de banda ancha, para impedir aplicaciones novedosas de carácter técnico, con el propósito de evitar la competencia de nuevos actores en

el mercado de las comunicaciones y proteger así, en último término, el negocio que desarrolla en el ámbito de la telefonía.

Señala que las acciones que ha emprendido la demandada, perturban e impiden el ejercicio legítimo de los derechos que tienen todos los que interactúan a través de internet, sea que medien como prestadores de servicios de acceso a la red, (o como prestadores de servicios), o bien de aplicaciones técnicas, como es el servicio de la Telefonía IP.

Dichas conductas, según Voissnet S.A., conculcan la garantía consagrada en el artículo 19, Nº 21 de la Carta Fundamental, al impedir el legítimo derecho que le corresponde para desarrollar una actividad económica absolutamente lícita, escamoteando el adelanto tecnológico que ha diseñado.

Por lo anterior, solicitó que se sancionara a C.T.C. por las conductas descritas, que considera que son atentatorias contra la libre competencia, en que ha incurrido; que se modificaran los contratos celebrados entre C.T.C. y los ISP y, también, los pactados entre C.T.C. y las grandes empresas o corporaciones; que se aplicaran multas y que se dictaran instrucciones de carácter general para regular la situación, así como que se proponga al Presidente de la República la dictación de los preceptos legales o reglamentarios indispensables para cautelar los derechos relativos a los usuarios de internet.

A su turno, el Fiscal Nacional Económico, en lo que atañe a las reclamaciones que se han formulado, a fojas 186, se hizo parte en la causa y formalizó requerimiento, a fojas 212, contra C.T.C., por la ejecución y celebración de actos y contratos que configuran conductas que reputa atentatorias contra la libre competencia, al establecer barreras artificiales para la entrada de nuevos

competidores en la esfera de comunicaciones de la telefonía local, con el objeto de mantener una posición dominante en el mercado, a través de la imposición a sus clientes I.S.P. de la prohibición de efectuar prestaciones de Telefonía IP, según resulta de lo establecido en el Nº 7 de la cláusula cuarta de los respectivos contratos de Servicios Megavía DSL, para conseguir acceso a través de la banda ancha a la red de informática de internet.

La Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. contestó la demanda y el requerimiento que se interpusieron en su contra, a fojas 56 y 283, respectivamente, y solicitó su rechazo, con costas. Fundó su defensa, sosteniendo, en lo que interesa, que el servicio que proporciona de acceso por banda ancha de conexión a internet no está regulado en la ley y que las condiciones en que lo ofrece resguarda la competencia de los diversos agentes, cuanto además porque puede ser suministrado por medio de distintas redes (pares de cobre, redes de TV-Cable, redes inalámbricas y otras similares), entendiendo C.T.C. estar facultada para imponer libremente restricciones a la provisión de servicios de Telefonía IP, por ser titular de las redes que explota y no corresponde que terceros puedan gozar de su utilización, sin cargo alguno. Por otra parte, alegó que los elementos de la red telefónica local necesarios para suministrar el acceso de banda ancha a la red de internet, son remunerados por el respectivo usuario a través del importe fijo mensual (Servicio de Línea Telefónica o SLT) y el correspondiente al Servicio Local Medido (SLM), cuyas tarifas han sido reguladas por la Autoridad Pública sobre la base de una determinada demanda de tráfico; en consecuencia, si se traspasase el tráfico telefónico desde la red

tradicional hacia la Telefonía IP, se impediría sustentar el autofinanciamiento de la red telefónica local, causándole un perjuicio.

En el primer otrosí del escrito agregado a fojas 56, C.T.C. interpuso, a su vez, una demanda reconvencional contra la empresa Voissnet S.A., por ofrecer servicios de telefonía pública sin contar previamente con el otorgamiento de una concesión que la habilite pare ello, como lo exige la legislación sectorial correspondiente a los demás operadores y empresas del mercado, limitándose a efectuar inversiones de carácter marginal, para aprovechar para sí el beneficio que reporta del goce de la infraestructura y redes de propiedad de las empresas concesionarias de servicio público de telefonía local, sin su autorización, ni sufragar el costo que significa la mantención y sustento de las instalaciones y equipos que utiliza para la prestación del servicio de enlace de banda ancha a internet. Adujo que Voissnet S.A. ha dirigido además su actuación comercial, para aplicar únicamente prácticas que denomina de “descreme”, a fin de capturar a los clientes de mayor tráfico de las empresas concesionarias de servicio público de telefonía local, que cuentan con el servicio de banda ancha. Hizo presente que estas actuaciones de Voissnet S.A. significan un grave atentado contra la libre competencia, como quiera que entrañan prestar a los usuarios un mismo e idéntico servicio que el que suministran las empresas concesionarias de telefonía local, pero en condiciones ilegítimamente más favorables, lucrativas y beneficiosas, al no tener que contar con la concesión, ni soportar el peso de las inversiones para gozar del privilegio.

Pidió, en definitiva, que se declarara que Voissnet S.A. ha incurrido en graves atentados contra la libre competencia, al prestar en forma ilegítima un

servicio de telefonía a precios que las concesionarias del servicio público telefónico jamás podrán sufragar; que se le prohíba, por lo mismo, seguir prestando sus servicios de telefonía en los términos en que los proporciona hasta el día de hoy y se la condene al máximo de las multas previstas en el Decreto Ley 211, con costas.

Voissnet S.A. contestó la demanda reconvencional, en el escrito agregado, a fojas 153, a cuyo respecto, sostuvo que los servicios de telefonía IP que presta a través de internet no encuadran con el tipo de servicio público telefónico, por lo que no procede que se otorgue una concesión para suministrarlos, por ser inherentes a una actividad que no está regulada y cuya modalidad corresponde a una de las aplicaciones técnicas que brinda internet.

Expuso que no ha sido un motivo de ventaja ilegítima para intervenir en el mercado, no realizar las inversiones supuestamente necesarias para explotar el servicio de comunicación que proporciona, dado que ni la ley ni los organismos respectivos lo han requerido, por lo que ha quedado entregado a la iniciativa privada y a la eficiencia que se pueda alcanzar en la prestación del servicio. Con todo, sostuvo, respecto de las inversiones, que ha aportado los recursos suficientes para mejorar los estándares del servicio, por lo que no se deben considerar marginales, y en relación a la calidad del servicio de las comunicaciones de voz a través de internet, agregó que es el cliente el que opta por un precio inferior al que paga por el que ofrecen las redes fijas tradicionales, en consideración a que la índole del servicio no tiene la categoría de la otra telefonía. En cuanto al importe por el uso de las redes, afirmó que su parte efectivamente paga por su utilización, con independencia del precio que entera su

mismo cliente. Por último, respecto a que Voissnet S.A. focaliza sus esfuerzos comerciales para captar a los clientes de mayor tráfico a través de la política del denominado: “descreme”, explicó que como el servicio que presta requiere de una conexión de acceso a internet, vía la banda ancha, no tiene como discriminar a sus usuarios. Por las razones expuestas, solicitó el rechazo de la demanda reconvencional interpuesta en su contra y que se declarare expresamente que no ha infringido las normas de la libre competencia, con costas.

A fojas 408, se hizo parte en el juicio la empresa Telmex Servicios Empresariales S.A., Telmex, en su carácter de concesionaria del servicio público de telecomunicaciones, alegando tener interés actual y directo en la causa. Hizo presente que es una empresa que tiene el giro como concesionaria del servicio público de telefonía IP, según Decreto Supremo Nº 2, de 4 de enero de 2002. Arguye que todo servicio que tenga por objeto principal transmitir la voz humana es un servicio de telefonía que debe suministrarse, en consecuencia, al amparo de una concesión que autorice el respectivo servicio público telefónico. Si se permitiese la procedencia de este servicio sin la concesión que habilite su provisión por el Estado, quiere decir que se estaría legitimando su prestación al margen del ordenamiento jurídico, al ejercer un servicio sin autorización, en abierta discriminación y en perjuicio de los operadores que gozan del otorgamiento de una concesión, por haber cumplido dicha normativa y que, en su funcionamiento y fiscalización, se ciñen al estricto cumplimiento del régimen legal y a las exigencias que impone la autoridad.

A fojas 365, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 4234, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia por la que acogió la demanda de Voissnet S.A. y el requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto declaró que: Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha incurrido en una práctica contraria a la libre competencia, al restringir la admisión de la demandante y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía, rechazándose en lo demás; condenó a C.T.C. al pago de una multa, a beneficio fiscal, por el equivalente a mil quinientas (1.500) unidades tributarias anuales; ordenó modificar todos los contratos de servicios Megavía DSL que C.T.C. ha celebrado con distintos ISPs, eliminando de ellos toda prohibición o restricción respecto del uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de Telefonía IP o para enrutamiento ("ruteo") de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha, y ordenó a C.T.C. abstenerse en el futuro de restringir o dificultar, de cualquier forma, por vía contractual o de hecho, el uso de la capacidad de ancho de banda que con ella se contrate para efectuar prestaciones de telefonía IP.

Rechazó, además, el fallo, la demanda reconvencional interpuesta por Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. contra Voissnet S.A., sin costas.

Para adoptar la decisión expuesta, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró, en síntesis, en lo pertinente a las reclamaciones, que, en la época en que se comenzaron a celebrar los contratos de servicio de Megavía DSL, alrededor del año 2000, C.T.C. era la única empresa que formuló una oferta mayorista para brindar el acceso a internet, a través de la banda ancha y que,

además, tenía un porcentaje significativo en la propiedad de las redes de telefonía fija, lo que le proporcionó un manifiesto poder de negociación ante los ISPs que tenían interés en acceder al servicio propuesto. Por esta razón, se concluyó que las consabidas cláusulas que se agregaron en los contratos constituyeron un impedimento para emprender la realización de una actividad económica lícita, perjudicando así a los usuarios que demandan sus servicios, al representar una barrera de acceso para la obtención de los respectivos servicios de internet que se requerían, al punto de impedir el desenvolvimiento de la aplicación de una nueva tecnología que compitiese en el mercado, sin que existieran razones técnico-económicas que justificaran tal actitud, que no fuese otra que la de proteger sus intereses.

Contra esta sentencia se interpusieron sendos recursos de reclamación por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. y Telmex Servicios Empresariales S.A., a fojas 4310 y 4368, respectivamente.

La Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., C.T.C., fundó su reclamación, en síntesis, en que los sentenciadores, equivocadamente, han legitimado la actividad empresarial que Voissnet S.A. desarrolla al margen de la ley, insistiendo en los antecedentes y alegaciones sustentados en su demanda reconvencional. En cuanto a la acción principal, adujo, en primer lugar, que el Tribunal infringió las reglas de la sana crítica, al no dar por acreditada la existencia de consideraciones de carácter técnico-económicas que justificaran la estipulación de las cláusulas contractuales que se reputaron contrarias a la libre competencia y sin que la sentencia expusiese los fundamentos en que apoyase tal decisión. En seguida, alegó que los jueces no pudieron sancionar a la reclamante, porque no

actuó con culpa, cuyo elemento es esencial para incurrir en la infracción, dada la naturaleza que tienen las normas de protección de la libre competencia. Como planteamiento subsidiario, sostuvo C.T.C. que actuó con “error de prohibición”, al entender que el acto vedado no era de tal significado al ejecutarlo, por no estar expresamente regulado en la ley. Luego arguyó que el Tribunal debió haber declarado de oficio la extinción de las acciones interpuestas en su contra por la prescripción y, por último, solicitó que la multa sea rebajada sustancialmente, porque se consideró un monto superior al que procedía aplicar como castigo, ya que el Decreto Ley 211, vigente a la época, establecía una pena inferior. En definitiva, instó para que se dejase sin efecto la sanción impuesta y las medidas que ordena la sentencia reclamada; se acoja la demanda reconvencional en todas sus partes y se condene en costas a la demandante de estos autos. En subsidio, que se admita parcialmente la reclamación y se rebaje el monto de la multa a la suma que prudencialmente fije esta Corte.

Por su parte, Telmex Servicios Empresariales S.A., recalcó en el recurso que no pretende modificar lo resuelto sino que sólo se eliminen determinados motivos, como son los comprendidos del 29º al 39º y del 71º al 81º, porque se pronuncian sobre materias técnicas y regulatorias que son de competencia exclusiva y excluyente de la autoridad respectiva, que es la Subsecretaría de Telecomunicaciones. En efecto, indica, que el fallo interpreta la Ley General de Telecomunicaciones y sus disposiciones reglamentarias en lo relativo a concesiones de telecomunicaciones; califica la naturaleza jurídica de los servicios de telecomunicaciones sin que le competa y de esa interpretación colige que no le

resulta aplicable al servicio determinado que presta Voissnet S.A., de cuya conclusión discrepa la reclamante.

A fojas 4387, se ordenó traer estos autos en relación.

A fojas 4396, el Fiscal Nacional Económico solicitó que se declarare inadmisible la reclamación interpuesta por Telmex Servicios Empresariales S.A., habida consideración a que no fue condenada por la sentencia que se impugna y, además, porque no persigue la modificación de la decisión, de todo lo cual se ordenó tener presente en la vista de la causa. A fojas 4430, Voissnet S.A. hizo presente también la improcedencia de esta reclamación, por argumentos similares.

A fojas 4401, el Fiscal Nacional Económico solicitó que se declarase inadmisible la reclamación interpuesta por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. en lo relativo a la extinción de la acción por la prescripción, por constituir una alegación nueva que no formó parte de la discusión, de todo lo cual se ordenó tener presente en la vista de la causa. A fojas 4470, Voissnet S.A. formuló la misma prevención.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la admisibilidad de los recursos intentados:

1º) Que en lo que respecta a la reclamación deducida por Telmex Servicios Empresariales S.A., ya reseñada en lo expositivo, cabe considerar que el DFL Nº 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DL Nº 211 de 1973, en su artículo 27 establece que sólo será susceptible del recurso de reclamación la

sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como la que absuelva de su aplicación.

Al respecto, el inciso segundo de la última disposición citada, establece que: “En la sentencia definitiva el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales…”

2º) Que, como puede advertirse, la sentencia definitiva recaída en un procedimiento incoado por una demanda o requerimiento del que deba conocer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es impugnable, a través de la reclamación que establece la ley, sólo en cuanto imponga alguna de la medidas que se contemplan en el consabido artículo 26, o bien que absuelva de la aplicación de ellas mismas. En consecuencia, al constar claramente de los autos que la reclamante ha sido admitida al juicio en su calidad de tercero y no ha sido condenada por el fallo reclamado, ni tampoco ha sido absuelta de sanción alguna que la hubiese afectado, no se vislumbra ningún agravio que pudiese provenir de la resolución interpelada que la legitime para reclamar.

La circunstancia, por sí sola, que discrepe de ciertas consideraciones que reputa improcedentes y en las que el Tribunal ha sustentado la sentencia no la autorizan

para impugnarel fallo, como quiera que se da el caso de haberse conformado con lo resuelto, como por lo demás lo ha señalado expresamente;

3º) Que, de consiguiente, atendidas las razones referidas, la reclamación interpuesta por Telmex Servicios Empresariales S.A. resulta inadmisible;

4º) Que, en seguida, en cuanto a la reclamación deducida por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., C.T.C., en lo relativo a la extinción de la acción para perseguir la infracción y aplicar la sanción por la prescripción, cuya declaración pretende, cabe señalar que según se advierte de los antecedentes, atento a lo reseñado en lo expositivo, se trata de una alegación que no formó parte de la litis, ya que C.T.C. no opuso esta excepción ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en tiempo y forma. Siendo esto así, no corresponde que esta Corte la admita ni menos procede que se pronuncie sobre ella, por ser una cuestión que no fue materia de la discusión habida entre las partes y que, por lo mismo, no fue objeto de la decisión, de modo tal que su impugnación, por este motivo, resulta intempestiva y por ende, improcedente:

5º) Que, en razón de lo expuesto, la reclamación que C.T.C. ha formulado en lo que respecta a la prescripción que alega no resulta admisible y no procede declararla de oficio en esta sede de reclamación, atendida la naturaleza que tiene este recurso.

En cuanto al fondo:

6º) Que, conforme a lo antes expuesto, la competencia que tiene esta Corte para el conocimiento de la reclamación deducida contra la sentencia por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., C.T.C., ha quedado limitada a los capítulos

que se han anunciado en lo expositivo, con exclusión del alcance referido a la prescripción alegada, por ser inadmisible en esta parte el recurso;

7º) Que descartada la admisibilidad de la prescripción en cuanto al fondo, ha de considerarse que la reclamación se funda, en primer lugar, en que el Tribunal al rechazar la demanda reconvencional deducida por la recurrente ha legitimado el ejercicio de una actividad empresarial, como es la que Voissnet S.A. desarrollaría al margen de la ley. Sostiene que, según la legislación vigente, aquélla no puede prestar servicios de telefonía IP a través de sus redes sin contar con una concesión ysin someterse a la estricta y rigurosa regulación aplicable, por lo que no pudo haberse decidido lo resuelto.

8º) Que al efecto alega que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º letra b) y 8º de la Ley General de Telecomunicaciones, la prestación de servicios de telecomunicaciones requiere del otorgamiento de una concesión por decreto supremo; y sobre el particular hace presente que, de acuerdo a lo sostenido por el propio fallo reclamado en el fundamento trigésimo sexto, los servicios que presta Voissnet S.A. tienen el carácter, indudablemente, de ser servicios públicos de telecomunicaciones. En consecuencia, no obstante reconocerse la naturaleza de los respectivos servicios, el tribunal concluyó que no se requiere de concesión alguna, lo que resulta erróneo y contradictorio;

9º) Que, sobre la misma materia, la reclamante advierte que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, autoridad competente para interpretar, aplicar y fiscalizar el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones a través del Ordinario Nº 36.986 de 5 de Diciembre de 2003 comunicó a Voissnet S.A. que tomó conocimiento del servicio de telefonía IP que presta al público en general -que

incluye el otorgamiento de numeración, con la que es posible acceder desde y hacia la red pública telefonía- estableciendo, a la sazón, que dicha empresa se encontraba explotando un servicio público de telecomunicaciones sin contar con la correspondiente concesión, por lo que le formuló un cargo por haber infringido el artículo 8º de la Ley Nº 18.168, al operar y explotar comercialmente un servicio público de telecomunicaciones sin disponer de la concesión otorgada por decreto supremo.

No obstante contar el tribunal con estos antecedentes, igualmente consideró, equivocadamente, que Voissnet S.A. no requería de concesión para la prestación del servicio de telefonía IP;

10º) Que, agrega la reclamante, el tribunal no sólo estimó que la demandada reconvencional no requería de concesión para la explotación comercial del servicio tantas veces señalado sino que, además, el ejercicio de tal actividad no se encuentra regulado, según se lee del considerando trigésimo séptimo, lo que no es efectivo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 12, 15, 16, 16 bis, 17, 20, 24, 24 A, 27, 28 de la ley, cuyas normas le imponen a los concesionarios deberes, obligaciones y cargas regulatorias que deben cumplir para satisfacer el interés público en que se inspira el otorgamiento de su concesión. Al concluir de esta manera, con infracción de ley, el tribunal conculca las garantías constitucionales establecidas en los números 2º y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental;

11º) Que, en efecto, según explica, se vulnera la primera de las garantías constitucionales referidas porque no obstante que su parte y la demandada reconvencional prestan virtualmente el mismo servicio, el tribunal consideró que

sólo los prestados por las actuales concesionarias deben cumplir con la regulación vigente mientras que esta última escapa a tal exigencia, lo que constituye una evidente discriminación arbitraria, en desmedro de sus intereses. No basta, en concepto de la reclamante, que el tribunal haya considerado que el servicio de telefonía que presta Voissnet S.A. lo haga a través de una tecnología nueva y de avanzada, distinta a la que se utiliza en el suministro del servicio de telefonía tradicional, para eximirla del cumplimiento de la legislación de telecomunicaciones aplicable;

12º) Que la segunda de las garantías constitucionales se conculca si se considera que el tribunal ha resuelto que C.T.C. debe permitir la prestación de los servicios de telefonía IP que efectúen terceros a través de sus redes de banda ancha y telefonía pública de las que es propietaria, privándola así de la legítima contraprestación que le retribuya el beneficio por ese goce que le reporta al tercero y que debe permitir, con lo que se transgrede la facultad del titular del derecho de dominio que el Estatuto Fundamental ampara en el número 24 del artículo 19. También se lesiona esta garantía al impedirle al propietario disponer libremente de los bienes de su dominio para darles un uso legítimo, como es el que se ha pretendido desconocer en los contratos que ha celebrado con los proveedores del servicio de internet, I.S.P.

13º) Que, por último, sostiene que lo decidido atenta, además, gravemente contra el derecho que tiene C.T.C. a desarrollar libremente una actividad económica –garantía protegida en el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile- al autorizar que Voissnet S.A. preste servicios de telefonía IP al margen de la regulación legal aplicable, al concluir, equivocadamente, que para

la prestación del respectivo servicio no se requiere contar con una concesión, ni someterse al régimen aplicable a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones;

14º) Que sobre este capítulo de la reclamación valga considerar que la sentencia que se recurre, en el motivo septuagésimo, discurrió que en la especie no se acreditó que se cumplieran las condiciones que determina como requisitos para configurar la hipótesis que exige expresamente el artículo 3º letra c) del Decreto Ley Nº 211 de 1973, hoy DFL Nº 1 de 2005, desechando de este modo el cargo en estudio, sin entrar a analizar el fondo del asunto;

15º) Que, en efecto, dejó asentado el fallo reclamado que no consta en autos que la actuación de Voissnet S.A., esto es, la de proporcionar la prestación de telefonía IP sobre banda ancha, haya tenido por objeto o efecto alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado de la telefonía local y de larga distancia, que es precisamente la esfera de acción en la cual pretendería competir con C.T.C., en circunstancias que, como también se dejó establecido según se lee de los fundamentos cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto, es C.T.C. y no Voissnet S.A. la empresa que tiene el carácter de ser dominante en el mercado;

16º) Que, por las razones antes dadas, los sentenciadores concluyeron que si Voissnet S.A. no detenta una posición dominante en el mercado de telecomunicaciones de Chile, mal pudo haber pretendido mantener dicha posición o incrementarla mediante las conductas reprochadas, con lo que no es posible suponer tampoco que con ello pudiera ella llegar a adquirirla, lo que condujo a desestimar la demanda reconvencional;

17º) Que el artículo 3º letra c) del Decreto Ley 211 de 1973, hoy DFL Nº 1 de 2005, dispone que: “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 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, los siguientes”:

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

18º) Que, en consecuencia, habiéndose rechazado la demanda reconvencional por la vía de la inconcurrencia de los requisitos aludidos en el fundamento anterior, que fue lo que impidió precisamente a los sentenciadores entrar a analizar el fondo de la cuestión debatida, ha de advertirse que la presente reclamación, en lo que concierne a este capítulo, no puede prosperar, toda vez que no se impugnó dicha inadmisibilidad formal sino que, por el presente recurso, C.T.C. simplemente reiteró las alegaciones relativas al fondo de la acción deducida, la que como ya se dijo no fue objeto de pronunciamiento. Siendo esto así, sólo cabe rechazar la reclamación por tal concepto en esta parte;

19º) Que, en seguida, por la reclamación se sostiene, como segundo capítulo, que la sentencia impugnada debe ser invalidada por haber sido dictada con infracción a las normas sobre apreciación de la prueba, a saber, las reglas de la sana crítica, conforme lo dispone el artículo 22 del Decreto Ley 211, hoy DFL Nº 1, norma que,

en concepto de la recurrente, impone al juez el deber de indicar las razones por las cuales adquiere la convicción sobre los hechos de la causa, basado en las normas de la lógica y de la experiencia, después de analizar la prueba;

20º) Que, según se alega, el Tribunal infringe las reglas de la sana crítica al tener por no acreditada la existencia de antecedentes de carácter técnico-económicos que justifican lo pactado en las cláusulas contractuales consabidas y sin que se hubiesen señalado las razones ni motivos en que se sustenta la decisión del fallo, omitiendo por lo mismo valorar las probanzas rendidas con tal objeto, cuales son la documental, informes técnicos de expertos y la testifical consistente en las declaraciones de cuatro testigos, resultando del todo insuficiente lo indicado en el considerando quincuagésimo para cimentar lo decidido;

21º) Que, al respecto, la reclamante aduce que sostuvo ydemostró en la causa que las cláusulas contractuales tantas veces referidas no podían considerarse que fuesen atentatorias ni restrictivas de la libre competencia, porque existían antecedentes económico-técnicos que las justificaban y que, además, rindió la prueba correspondiente para acreditar sus asertos, lo que fue ignorado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el fallo;

22º) Que es preciso considerar para rechazar, también, este capítulo de la reclamación que el Tribunal concluyó, después de analizar la prueba pertinente que se rindió, que en la especie no existían razones que justificaran la inclusión de las estipulaciones que contenían las cláusulas contractuales controvertidas, al punto que así es dable desprenderlo de los siguientes informes técnico-económicos allegados a la causa, a saber: el relativo a la “Telefonía IP y Contratos de Acceso a Internet a través de ADSL”, de Oscar Cabello e Israel

Mandler, a fojas 1626 y el que versa sobre “Aspectos Técnicos de la Telefonía sobre Internet”, de José M. Piquer, a fojas 3022; y de la testifical consistente en las declaraciones de Nicolás Beltrán Maturana, a fojas 483; Ricardo Segal Kirberg, a fojas 509; Nicolás Ovando Green, a fojas 595; Ricardo Gutiérrez Gatica, a fojas 1812; Ricardo Ramos Robles, a fojas 1828; Patricio Poblete Olivares, a fojas 1849; Nazre El Hureimi Facuse, a fojas 1875; Patricio Cáceres Viedma, a fojas 2000, y la de Lorena Donoso Abarca, a fojas 2025;

23º) Que, además, luego de señalar el Tribunal la prueba analizada que lo llevó a su pronunciamiento, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto en la ley, agregó en los motivos quincuagésimo segundo al sexagésimo las razones por las cuales concluyó que no hubo evidencia alguna, de índole económico, que demostrara la procedencia de incorporar en los contratos las cláusulas objetadas, ni aún aquéllas que se alegaron de pretender proteger la inversión efectuada por C.T.C. Para el Tribunal, con el mérito de la prueba indicada, las correspondientes estipulaciones constituyeron, de consiguiente, una barrera de entrada para la prestación de determinados servicios en Internet, así como una restricción anticompetitiva e injustificable, con infracción de la ley;

24º) Que, en consecuencia, atendido lo considerado, al no resultar ajustados al mérito del proceso los fundamentos alegados en que la reclamante sustentó su segundo capítulo de reclamación, éste debe ser desestimado;

25º) Que, en tercer lugar, C.T.C. sostiene que no pudo haber sido sancionada en los términos como lo resolvió el tribunal, porque no actuó en forma culpable. Al efecto, indica que las normas que tipifican y sancionan los atentados contra la libre competencia contenidas en el Decreto Ley 211 de 1973, hoy DFL Nº 1 de

2005, son de naturaleza infraccional, por cuanto tienen por objeto sancionar a quienes desplieguen o ejecuten las determinadas conductas que el mismo cuerpo legal describe, que persiguen cautelar un bien jurídico específico, como es proteger la libre competencia en los mercados, cuya tutela le corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al que se le ha encargado ejercer el "ius puniendi" como función que le es inherente en materia de libre competencia;

26º) Que la reclamante aduce que la índole infraccional que revisten las normas que tipifican y sancionan los atentados que describe la ley contra la libre competencia no se sustraen al respeto que ha de guardarse respecto de los principios generales del derecho, a fin de asegurar la debida protección que tienen los derechos y garantías de los imputados, como son, entre otros, el principio de "non bis in idem", el de "reserva legal" y la "presunción de inocencia";

27º) Que, por lo mismo, la reclamante arguye que ninguna pena puede imponérsele si la conducta que se pretende castigar no fue ejecutada en forma culpable, porque "no hay pena sin culpabilidad", principio que resulta especialmente aplicable en materia infraccional. Añade que para que se configure la culpabilidad es indispensable que el agente haya obrado en "conciencia de la ilicitud", esto es, sabiendo que el hecho que ejecuta es ilícito, injustificado y contrario a Derecho. Por ende, señala, no hay culpabilidad cuando el agente obra en la creencia que su acción es lícita, legítima, justificada y ajustado a Derecho, pero si se equivoca habría un error sobre la falsa representación acerca de la licitud del acto, lo que se denomina "error de prohibición", que no importa incurrir en culpabilidad en su accionar.

28º) Que alega la reclamante, según consta del fallo objeto de este recurso, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tuvo presente que: “La reprochabilidad de la conducta sancionada se ve atenuada por la falta de certeza jurídica respecto de las normas a las que se debe supeditar la prestación de VoIP en el país, producto de la carencia de una normativa adecuada que regule en forma clara y específica la materia, en el caso que se estime necesario hacerlo, y de la interpretación y aplicación ambigua de la que actualmente existe por parte de la autoridad sectorial”. Entiende así que la recurrente fue igualmente sancionada, pese a no haber incurrido en una conducta culpable, es decir, a pesar de no haber actuado con “conciencia de ilicitud” vulnerando con ello el principio esencial de la “presunción de inocencia”. Agrega que nadie puede ser sancionado por incumplir una ley que carece de claridad, pues tal defecto excluye la culpabilidad del agente, debiendo el Tribunal absolver en vez de condenar;

29º) Que la alegación de la reclamante, en cuanto ha sostenido que los atentados que castiga la ley contra la libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones requieren que su agresor actuase con culpabilidad, entendiendo como tal la de haber procedido teniendo conciencia de la ilicitud que representa la conducta antijurídica, sin cuyo concurso no habría de configurarse la responsabilidad que se persigue para aplicar la sanción, no tiene asidero. En efecto, la sola circunstancia que la ley no haya contemplado especialmente la regulación tecnológica del servicio de Telefonía IP no demuestra la inexcusabilidad de la conducta en que ha incurrido la interpelante, al contrariar el deber de evitar la ejecución de prácticas lesivas a la libre competencia. Por lo mismo, para decidir el reclamo no ha de considerarse si la conducta seguida

consistió en la falta de voluntad de cometer la ilicitud, como lo ha invocado en el recurso, sino que ha de repararse en la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado de la red de telecomunicaciones y no provocar impedimentos para restringir o entorpecer las prestaciones de suministro de telefonía IP, como ha ocurrido en la especie al haber incluido cláusulas contrarias a la ley en los Contratos de servicio de Megavía DSL, como se ha establecido. Por esta razón, esta Corte no considera del caso atender a la voluntariedad de la ilicitud que preconiza para eludir su culpabilidad la reclamante, sino que a la reprochabilidad de su conducta como fundamento de la culpabilidad en que se enmarca su acción, por lo que no se considera atendible el reclamo deducido en este capítulo y por lo mismo debe ser rechazado, por improcedente;

30°) Que, por último, en lo relativo a la cuantía de la multa impuesta, cabe tener presente que, de acuerdo al principio estatuido en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, ha de considerarse que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, norma que tiene como excepción la regla N°2 que se refiere, precisamente, a las leyes que señalan sanciones para el caso de infracción a lo estipulado en ellos, evento en el cual se dispone que la sanción sea determinada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido dicha infracción;

31°) Que al cuestionarse en la presente causa ciertas conductas en las que habría incurrido la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., C.T.C., al pactar dos

cláusulas en los Contratos de Servicio de Megavía DSL que la demandada celebró con distintos ISP que datan de 2000 y 2001 y determinarse en el fallo reclamado que se ha incurrido en una infracción, quiere decir que las penas de orden legal que procede aplicar como sanción a la infracción no pueden ser otras que aquellas previstas en las leyes vigentes a la época en que se incurrió en la infracción, esto es, las consagradas en el artículo 17 N° 4 del Decreto N° 511 de 1980, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, que disponía la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por la suma equivalente a diez mil unidades tributarias, que debían entenderse que eran unidades mensuales y no anuales, las que, en todo caso, debían regularse prudencialmente según el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción;

32°) Que, en consecuencia, al imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una multa ascendente a 1500 unidades tributarias anuales se ha excedido la sanción del límite máximo que imponía la ley vigente a la fecha de la comisión de los hechos o conductas que se reprochan en esta causa, cual era de 833,33 Unidades Tributarias Anuales;

33°) Que, en razón de lo antes razonado, esta Corte acogerá la petición subsidiaria de rebajar el monto de la multa aplicada, la que, habida consideración a las circunstancias que se indican en el fundamento octogésimo segundo del fallo reclamado y el monto de la multa que solicitó aplicar la Fiscalía Nacional Económica al formular el requerimiento en estos autos, se regulará en la cuantía que se pasa a decir en lo resolutivo;

34°) Que sin perjuicio de lo dicho en torno a la inadmisibilidad de la reclamación deducida por Telmex, esta Corte no puede dejar de observar que, en lo que respecta a los considerandos 71° a 81° del fallo reclamado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia carece de competencia para pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los servicios de telefonía IP a efectos de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones, como el mismo órgano jurisdiccional por lo demás lo advierte según se lee del fundamento trigésimo noveno. De este modo, resultan improcedentes las consideraciones que se han discurrido hacer en los motivos septuagésimo segundo al octogésimo primero (72° al 81°), eliminándose del razonamiento septuagésimo primero (71°) la última oración que dice: "todo ello sin perjuicio de lo que se señala a continuación".

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del 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 y este mismo cuerpo legal en su texto vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos que se discuten en esta causa, contenido en el Decreto N° 511 publicado en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 1980, se declara:

I.-Inadmisible el recurso de reclamación deducido por Telmex a fojas 4368.

II.-Inadmisible el recurso de reclamación deducido por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Telefónica CTC, a fojas 4310, en lo que se refiere a la prescripción cuya declaración pretende.

III.-Se acoge la petición subsidiaria formulada por la reclamante en su presentación de fojas 4310 y se rebaja prudencialmente la multa impuesta a 556 Unidades Tributarias Anuales.

IV.-Se rechaza, en lo demás, el recurso de reclamación deducido por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Telefónica CTC, en el referido escrito que se lee fojas 4310.

Se previene que el abogado integrante Sr. Gómez concurre a la confirmación de la sentencia, con la salvedad que estuvo por absolver a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. de la sanción de la multa impuesta, por la consideración siguiente:

1) Que es atinente considerar en cuanto a la falta de culpa que CTC ha invocado en el reclamo, que resulta claramente justificable que C.T.C. no haya podido representarse razonablemente como resultado de su conducta la comisión de una posible infracción a las normas de libre competencia, al tiempo de convenir con los I.P.S. los contratos que celebró para ofrecer el servicio de Megavía DLS, si se advierte que la noción de culpa, como elemento que es de su esencia, entraña naturalmente la previsibilidad de las consecuencias del acto voluntario que se ejecuta.

2) Que, como la aplicación de la voz a través de Internet es un adelanto tecnológico que no está regido en la ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones, resulta entonces que no era posible prever, a la sazón, como infracción, lo que la propia ley no había en su oportunidad previsto, por lo que al rehusar C.T.C. en los respectivos contratos de Megavía DLS dicha

aplicación técnica para digitalizar la voz sobre banda ancha, por vía de la consiguiente conexión a internet, no ha de entenderse que hubiese actuado con culpa, sino más bien con el propósito de impedir que el servicio que ofrecía fuese aprovechado por otros, sin que se le retribuyera el precio pactado por el respectivo suministro.

3) Que por lo mismo, al haberse ordenado la modificación de los contratos para hacer cesar el impedimento en que incidía la conducta, no resulta del caso aplicar, encima de esta medida, la multa impuesta, por lo que es del parecer de absolver a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. de esta pena.

Regístrese y devuélvanse con sus agregados y documentos.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Rafael Gómez Balmaceda.

N° 6236-2006.Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Rafael Gómez. Santiago, 04 de julio de 2007.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.