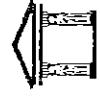


Juzgamiento Cincuentenario



PODER JUDICIAL REPÚBLICA DE CHILE

Santiago, diecisiete de julio de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos rol N° 2746-2012, Entel PCS

Telecomunicaciones ha deducido recurso de revisión respecto de la sentencia dictada por esta Corte Suprema en causa rol 7781-2010 que acogió las reclamaciones planteadas contra la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y en definitiva acogió el requerimiento efectuado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las empresas Telefónica Móviles de Chile S.A., Entel PCS S.A. y Claro Chile S.A., condenando a cada una de ellas al pago de una multa de 300 Unidades Tributarias Anuales por infracción al artículo 3º del Decreto Ley N° 211, y les ordenó presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.

Señala que tal decisión fue pronunciada en contradicción con lo resuelto por esta Corte Suprema en la sentencia de 15 de julio de 2005 dictada en los autos sobre reclamación 396-2005, que se encuentra ejecutoriada, sin que se allegara en el segundo juicio la excepción de cosa juzgada.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso de revisión se plantea que la sentencia pronunciada por esta Corte Suprema en la causa rol 7781-10, requerimiento por conductas contrarias a la libre competencia, fue dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, como lo es la dictada también por esta Corte Suprema en relación a la consulta de la fusión de la empresa Telefónica Móviles S.A. con BellSouth Corporation, argumentando que de acuerdo a ésta no existía una obligación para los operadores de telefonía móvil de contar con una oferta de facilidades para operadores móviles virtuales, en cuanto ello dependía de si la Subsecretaría de Telecomunicaciones acogía o no la recomendación del tribunal. De manera entonces, afirma, que la sentencia materia de la revisión sancionó a su parte por incumplir una obligación que la del año 2005 había establecido que no tenía. Afirma la recurrente que la cosa juzgada no fue alegada en el juicio y no hubo tampoco un pronunciamiento formal al respecto.

SEGUNDO: Que, continúa la recurrente, en materia sancionatoria la jurisprudencia ha reconocido que basta la identidad de partes y de hecho punible para la concurrencia de la cosa juzgada, identidad que concurre en este caso porque Entel participó como interveniente en la consulta de la fusión y fue una de las denunciadas en el requerimiento efectuado por la Fiscalía Nacional Económica en el segundo proceso. Los hechos en ambas causas son los

Unanimidad
Círculo

Y Pleg

PODER JUDICIAL

REPÚBLICA DE CHILE

mismos, por los que se optó por recomendar a la Subsecretaría de Telecomunicaciones -en adelante Subtel- que impusiera la obligación de hacer oferta de facilidades a los operadores móviles virtuales. En la primera sentencia se dijo que era sólo una recomendación a la Subtel, y por ende no una obligación para las empresas concesionarias, y en la segunda se la sanciona por no cumplir con la obligación de contar con una oferta de facilidades, y le ordena implementar esa oferta.

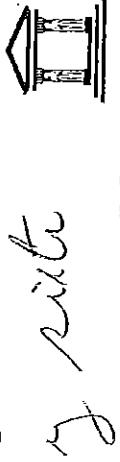
Luego señala que aun de considerarse que se requiere la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de partes, de objeto pedido y de causa de pedir, tales requisitos concurren. Señala sobre el punto que el objetivo de estos requisitos es evitar sentencias contradictorias, por lo que basta que ambos procesos comprendan a las mismas partes y que se decida respecto de idéntica materia sobre la base del mismo fundamento, cuyo es el caso de autos en que en ambos procesos se involucran las mismas partes, se falla sobre la misma materia, la existencia de una obligación de contar con una oferta de facilidades o reventa mayorista para los operadores móviles virtuales, y teniendo en vista los mismos fundamentos, defensa de la competencia, en cada caso con resultados distintos. Finalmente señala que el hecho que la sentencia del año 2005 haya sido dictada en el marco de un procedimiento no contencioso de consulta no se

opone a lo anterior porque en materia de competencia las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento no contencioso de consulta producen efecto de cosa juzgada sustancial provisional por aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Ley 211, o sea, generan efecto de cosa juzgada mientras no cambien las circunstancias. El artículo 32 antes citado dispone explícitamente que quien actúa de acuerdo a lo resuelto en un procedimiento no contencioso en sede de competencia no tendrá responsabilidad alguna.

TERCERO: Que la empresa Telefónica Móviles S.A. evacuando el traslado conferido sostuvo que también es agravada con la sentencia recurrida y se encuentra en una situación asimilable a la de Entel PCS por lo que hace suya la petición realizada en el recurso de revisión. La empresa Claro Chile S.A también se pronunció, solicitando se acoja el recurso interpuesto y se anule la sentencia en cuestión, por la que también fue sancionada.

CUARTO: Que la Fiscalía Nacional Económica y la empresa Netline Telefónica Móvil Limitada, en cada caso, alegaron la inadmisibilidad del recurso de revisión interpuesto, en primer término porque el Decreto Ley 211 no lo prevé en materia de libre competencia, y en subsidio porque no cumple con ninguno de los requisitos de admisibilidad que contempla la ley. Ello por cuanto el recurso de revisión no procede en contra de las sentencias infri-

Domicilio

PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE

a las dictadas por la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 810 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Además alegaron que en este caso no se cumple con el presupuesto de la causal invocada porque la resolución de esta Corte Suprema dictada el 15 de julio del año 2005 no tiene el carácter de sentencia definitiva, ni puede producir el efecto de cosa juzgada porque fue dictada respecto de una resolución del tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronunciada en un procedimiento no contencioso, referente a la operación de concentración en virtud de la cual Telefónica Móviles de España tomó el control de BellSouth Chile, por lo que no tiene el carácter de sentencia judicial, la que sólo existe cuando hay un juicio o contienda entre partes.

La demanda señalaron que Entel, en el procedimiento en que recayó la sentencia recurrida, como defensa alegó en términos muy similares o idénticos a los planteados en el recurso, esto es, la inexistencia de la obligación de efectuar una oferta de facilidades OMV, y se refirió a la condición novena.

Sostienen por último que, en todo caso, no existe identidad de objeto pedido porque lo solicitado en un procedimiento de consulta es radicalmente distinto de la imposición de una sanción. La finalidad del primer el procedimiento no consistía en declarar que Movistar había infringido la libre competencia al tomar control de

BellSouth Comunicaciones S.A. y BellSouth Inversiones S.A. sino que dar respuesta a una consulta formulada por dicha empresa. Por ello no hay identidad de causa de pedir entre ambas causas.

QUINTO: Que por su parte quienes intervinieron como terceros en la causa rol 7781-10, Jaime Mulet y Alejandra Sepúlveda, también solicitaron el rechazo del recurso, haciendo suyos los argumentos dados por la Fiscalía Nacional Económica y la empresa Netline.

SEXTO: Que se hicieron parte en estos autos como terceros coadyuvantes, solicitando el rechazo del recurso de revisión, la empresa OPS Ingeniería Limitada, operador móvil virtual, y la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

SÉPTIMO: Que informando la Sra. Fiscal Judicial de este tribunal fue de parecer de declarar improcedente el recurso de revisión por estimar, en primer término, que las resoluciones en cuestión no son contradictorias, porque la primera rechazó una reclamación respecto de la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ponía término al procedimiento no contencioso de consulta para determinar si el proceso de fusión de que se trataba se ajustaba a la legalidad relativa a la competencia, y la segunda acogió una reclamación respecto de la sentencia que rechazaba el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica por prácticas atentatorias a la libre competencia.

no
conse
revis.
que li
alegó
ofertó
fundó
2005,
la sen
o
menest
docume
S.A.,
Compet
Marzo
infring
un pi
concent
como i
Económ
Telefon
Compete

Ministerio
de la Corte

Círculo
de ojos

PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE

El reclamo respecto de la consulta formulada, que fue resuelto por esta Corte Suprema el año 2005 no ha tenido el carácter de jurisdiccional y por ello la resolución final no tiene el carácter definitivo de sentencia y consecuencialmente no produce efecto de cosa juzgada.

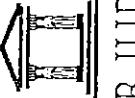
Sostuvo también la improcedencia del recurso de revisión en materia de libre competencia, y, por último, líala que la recurrente al momento de oponerse al requerimiento alegó la inexistencia de la obligación de formular las ofertas a los operadores móviles virtuales, alegación que fundó en lo resuelto por este tribunal en la causa rol 396-dor 2005, situación que fue analizada por la Corte Suprema en la sentencia cuya revisión se solicita.

OCTAVO: Que para decidir el asunto en cuestión es menester tener presente que, según aparece de los documentos agregados de fojas 1 a 166, Telefónica Móviles S.A., concurrió al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a consultar si el acuerdo a que llegó el 5 de marzo del año 2004 con la empresa BellSouth Corporation, de infringía o no las normas del Decreto Ley 211, incoándose un procedimiento no contencioso de operación de la concentración entre empresas, en el que expresaron opinión tanto como intervinientes, entre otros, la Fiscalía Nacional Económica, Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Entel la Telefónica Móvil S.A. El Tribunal de Defensa de la libre Competencia aprobó la consulta sobre la fusión, pero fijó 9

condiciones, señalando la novena: "Se recomienda a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que disponga para todos los operadores de telefonía móvil la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes". Respecto de esta recomendación, pronunciándose la Corte Suprema sobre la reclamación que planteó la empresa Telefónica Móviles S.A., por sentencia de fecha 15 de julio de 2005 dictada en la causa rol 396-2005, sostuvo que no resultaba procedente su eliminación, como se pedía, porque involucra una simple recomendación dirigida a una entidad pública, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, cuyo alcance real sólo se apreciará una vez que dicha repartición, si lo estimara pertinente, la implementara.

Por su parte, en los autos rol 7781-2010 de este tribunal, la Fiscalía Nacional Económica dedujo requerimiento en contra de las empresas Telefónica Móviles de Chile S.A., Entel PCS S.A. y Claro Chile S.A. imputándoles prácticas exclusorias con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los concesionarios de telefonía móvil a través de sistemas de terceros, llamados también operadores móviles virtuales, infringiendo el artículo 3º del Decreto Ley N° 211. De acuerdo al requerimiento, tales prácticas consistían en el ejercicio abusivo del derecho al contr

Ministerio de Hacienda



PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE

la oponerse injustificadamente al otorgamiento de concesiones de servicio público telefónico móvil a través de sistemas de terceros; y la negativa injustificada de una oferta de facilidades para reventa por parte de las requeridas a estos operadores móviles virtuales. En esta última causa el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó el requerimiento, por lo que la Fiscalía Nacional Económica, y los otros intervenientes dedujeron reclamaciones, las que fueron acogidas y en consecuencia se hizo lugar al pleito estimando el tribunal que las empresas requeridas, Telefónica Móviles de Chile, Claro Chile S.A y Entel PCS Limitada, incurrieron en la segunda de las conductas que se les imputaba, condenándolas a pagar cada una de ellas una multa de tres mil Unidades Tributarias Anuales, por infracción al artículo 3º del Decreto Ley N° 211 de 1973, con costas. Además se les ordenó presentar en un plazo de noventa días una oferta de facilidades y/o reventa de planes para operadores móviles virtuales, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.

Así NOVENO: Que el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de la Corte Suprema para rever una sentencia definitiva en los casos que allí se indican, siendo una de tales situaciones la señalada en el numeral 4º, es decir, si se ha pronunciado al contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se

allegó en el juicio en que la sentencia firme recayó. El inciso final de dicho artículo dispone la improcedencia del recurso de revisión respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo de los recursos de casación o revisión.

DÉCIMO: Que como ya lo ha dicho esta Corte en la Sentencia rol 2429 de 15 de noviembre del año 1978 publicada en la Revista Fallos del Mes N° 240 del año XX, Noviembre de 1978, el hecho de sesionar en diversas salas no importa la existencia de distintos Tribunales Supremos, sino únicamente corresponde a una metodología de trabajo para obtener una mayor optimización de su labor de administración de justicia, de manera que la Corte Suprema constituye una unidad. Siendo así resulta improcedente que lo resuelto por una sala de este tribunal sea revisado con posterioridad por otra, o, como en este caso, por la misma sala pero con otros integrantes.

Por su parte, el Decreto Ley N° 211 de 1973 establece el procedimiento por el que se rigen las reclamaciones que dicen relación con esta causa, y no contempla el recurso de revisión, el que tampoco puede aplicarse a estas materias en forma supletoria desde que el artículo 29 de dicho texto legal sólo permite hacerlo respecto de las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, excluyendo de esa forma el recurso de revisión que se trata en el libro III del Código mencionado, el que permane

Resumen



PODER JUDICIAL

REPÚBLICA DE CHILE

El lo demás constituye un medio de impugnación extraordinaria del respecto de sentencias que se encuentran ejecutoriadas de adas manera que requiere de norma expresa que lo establezca para esta materia de naturaleza diversa de la puramente civil.

UNDÉCIMO: Que sin perjuicio de lo anterior en el caso sub lite no concurre tampoco la cosa juzgada alegada, respecto de la que el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil dispone: "las sentencias definitivas e interlocutorias firmes producen acción o excepción de cosa juzgada"; la primera se condice con la facultad para solicitar el cumplimiento, incluso forzado, de la pretensión consolidada en el fallo que participe de alguna de dichas categorías; la excepción, en cambio, se identifica literalmente con las voces latinas "res" con "iudicata" y a la antigua máxima "res iudicata pro veritate habetur", esto es, que la cosa juzgada en la sentencia ha de tenerse por verdad.

Sin embargo, la evolución de la doctrina procesal ha ampliado la mirada con respecto a la cosa juzgada o res judicata - el bien reconocido o desconocido por el órgano jurisdiccional -, entendiéndola como uno de los efectos de la sentencia y, aún más, como una cualidad de éstos. En más palabras del autor Eduardo Couture: "la cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen, contra ella otros medios de impugnación que permitan modificarla" (autor citado en "Breves Nociones

acerca de la Cosa Juzgada" de los profesores Mario Mosquera R. y Cristián Maturana M., Depto. Derecho Procesal U. de Chile) Y, según Giussepe Chiovenda, "es la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros de una voluntad concreta de la ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes" (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 409).

En suma, sobre el particular, puede decirse que el instituto jurídico en referencia atañe a los efectos jurídico-procesales del litigio y, de manera suprema, a la eficacia de la sentencia pronunciada para resolver el asunto que ha sido materia de éste e importa una limitación al derecho que, por regla general, tienen las partes para discutir lo decidido, el que adquiere vigor en tanto se inicie un pleito con una pretensión ya resuelta en una sentencia ejecutoriada previa. Por consiguiente, su objetivo es impedir un nuevo pronunciamiento sobre materias respecto de las cuales ha recaído ya una decisión, motivo por el cual debe indagarse sobre la concurrencia de la triple identidad en este caso entre los fallos dictados por esta Corte en las causas rol 396-2005 y 7781-2010.

DUODÉCIMO: Que, como se sabe, la excepción de cosa juzgada supone necesariamente la concurrencia de los requisitos estatuidos por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Se trata entonces de verdaderos

Sesenta y uno

PODER JUDICIAL

R E P U B L I C A D E C H I L E

presupuestos que la configuran y, para averiguar si ellos concurren, será menester confrontar o comparar los dos procesos a los que toca la hipótesis sobre la que aquélla se construye, de suerte de determinar si la sentencia que hizo lugar al reclamo de ilegalidad planteado el año 2007 las por la reclamante se pronunció sobre el mismo asunto Rev. materia de la causa iniciada por consulta el año 2004, caso en que el segundo fallo ha vulnerado la res iudicata que emana de la primera resolución, o si por el contrario, se trata de situaciones distintas.

DECIMOTERCERO: Que de lo normado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, se desprende que la cosa juzgada requiere de la existencia de un fallo anterior firme y, en seguida, que en ambos pleitos haya sido igual se la cosa demandada, fundada en la misma causa y, también, que la demanda impetrada vincule, legalmente, a unas mismas personas.

Esta Corte ha sostenido: "hay cosa juzgada cuando confrontando la acción deducida en ambos pleitos, su objeto la y fundamento, resulta que es la misma situación jurídica por que se pretende someter nuevamente a la decisión judicial, sin que desaparezca esta igualdad de situación por no ser cosas unas mismas las expresiones con que el demandante susenta los su derecho, si sustancialmente tienen el mismo alcance." (R.D.J., T. 9, secc. 1^a, pág. 437).

Rev.

DECIMOCUARTO: Que entre las causas que motivan este recurso ha existido únicamente identidad legal de personas, ya que el objeto y fundamento en cada caso es distinto. En efecto, la causa rol 396-2005 versaba sobre un asunto no contencioso, una consulta acerca de una fusión y en cambio la causa rol 7781-2010 constituyó un proceso sancionatorio respecto de las conductas attentatorias a la libre competencia en que incurrieron las empresas requeridas. En esta última se estableció la existencia de una conducta ilícita por parte de las requeridas, entre las que se encuentra Entel PCS, como es la realización de prácticas exclusivas tendientes a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado de telefonía móvil, creando barreras artificiales de entrada a los concesionarios de telefonía móvil a través de sistemas de terceros al negarse injustificadamente a formular una oferta de facilidades de reventa por parte de las requeridas a estos operadores móviles virtuales. En cambio en la causa rol 396-2005 únicamente se pronunció este tribunal sobre una de las condiciones fijadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al momento de aprobar la operación de fusión consultada, que importaba una recomendación a la Subsecretaría de Telecomunicaciones en orden a disponer para todos los operadores de telefonía móvil la obligación de efectuar oferta de facilidades para la realización de la libre competencia.

la red de telecomunicaciones, la cual se estableció en la causa rol 7781-2010, la cual establece que la obligación de efectuar oferta de facilidades para la realización de la libre competencia se extiende a todos los operadores de telefonía móvil, lo que impide la realización de la libre competencia en la industria de telecomunicaciones.

Resolución

Alto de la
Moneda

PODER JUDICIAL

REPÚBLICA DE CHILE

este la reventa de planes por parte de las comercializadoras sin
redes,

En DECIMOQUINTO: Que yerra el recurrente al entender que
no la sanción que se le aplicara en la causa rol 7781-2010
obedeció al incumplimiento de la obligación de efectuar
oferta de facilidades para reventa a los operadores móviles
virtuales pese a que de acuerdo a la sentencia dictada en

la causa rol 396-2005 no le assistía tal deber. La sanción
que se le aplicó en la causa rol 7781-2010 a Entel PCS y a
las demás empresas sancionadas fue por realizar prácticas
exclusorias, imponiendo barreras de entrada a los
operadores móviles virtuales, consistentes en negarse en

forma reiterada e injustificada a efectuar tales ofertas,
única manera en que tales operadores podían ingresar al
mercado, conductas que tenían como finalidad impedir, o al
menos restringir y entorpecer la libre competencia en el
mercado de la telefonía móvil, lo que importa infracción
del artículo 3º del Decreto Ley 211. No se requería para
ello que se hubiese declarado o establecido previamente la
obligación de efectuar las ofertas de facilidades, ya que
lo castigado fue la conducta realizada con la intención de
impedir la entrada al mercado de los operadores móviles
virtuales, de manera que no ha existido tampoco la
contradicción alegada.

DECIMOSEXTO: Que por lo expuesto el recurso de
revisión planteado no puede prosperar.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 810, 813
y 816 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se rechaza, por improcedente, el recurso de
revisión deducido en lo principal de fojas 172 en contra de
la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa rol
7781-2010, con costas.

Se previene que el ministro señor Muñoz concurre al
rechazo, por improcedente, del recurso de revisión aludido,
compartiendo las consideraciones primera a séptima, novena
y décima, y teniendo, además, presente:

1º.- Que el sistema de libre competencia en nuestro
país fue creado sobre la base de una estructura
especializada, fiscalía y tribunal, dejando radicado un
segundo grado en la discusión en la Corte Suprema,
concluyendo con ello toda posibilidad de rever los temas,
al serle aplicable el supuesto material del artículo 97 del
Código Orgánico de Tribunales, tendiente a cerrar todo
debate posterior al pronunciamiento de la máxima instancia
jurisdiccional ordinaria, excluyendo en un análisis
posterior a la Sala respectiva, dejando radicada la
competencia en el Presidente para los efectos de rechazar
todo planteamiento que pretenda reiterar en la causa
respectiva la discusión de fondo.

Ante tal presupuesto no resulta attendible tramar una
acción que busque la revisión de lo resuelto mediante una
jurisdicción especializada, que ha debido considerar todos

Resumen
J. A. Tres

PÓDER JUDICIAL

R E P U B L I C A D E C H I L A

los aspectos relacionados con el tema y, en particular, las decisiones que pudieren estar relacionadas con las mismas partes y sobre presupuestos fácticos similares.

2º.- Que, en otro orden de ideas, el Derecho Administrativo Económico Sancionador, del que se ha dicho forma parte la Libre Competencia, si bien resulta indudable, como también se ha expresado, proviene del ius puniendo del Estado, razón por la que participa, con cierta moderación, de los principios generales del Derecho Penal, sus caracteres principalmente económicos y patrimoniales han determinado que en la regulación procesal, estructurada subsidiariamente, se tenga en consideración la normativa común del procedimiento civil, sin que se lleve a reconocer aplicación al sistema recursivo, entre cuyas acciones de gravamen o impugnación se encuentra el recurso de revisión, el cual queda así igualmente descartado. En todo caso, como se dejó constancia en esta sentencia, el inciso final del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil regula el principio por el cual se excluye el mencionado recurso en el evento que el pronunciamiento de fondo emitido en relación a la controversia provenga de la Corte Suprema.

3º.- Que tales argumentaciones son bastantes para una rechazar, por improcedente el recurso de revisión todos

Llevado el pronunciamiento del Tribunal a emitir
adicionales argumentaciones sobre el fondo del tema
planteado por los actores, a quien previene le parecen
innecesarias.

Regístrate y archívese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Lagos y
de la prevención su autor.

ROL N° 2746-2012.-

Sr. Juez

Au
En
not
pre

Jorge Lagos

Sr. Juez

Jorge Lagos

Sr. Juez