

ANT.: Fiscalización cumplimiento
sentencia N° 88-2007 del
TDLC. Rol 2083 - 12 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 04 DIC 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la denuncia del antecedente, recomendando archivar sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de abril de 2012, se recibió una denuncia de parte de [REDACTED] para que esta Fiscalía vele por el cumplimiento de la sentencia **N° 88/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC")**, recaída en autos caratulados "demanda de OPS Ingeniería Ltda. y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.", Rol N° 126-2007, de forma tal que *"tome las providencias que sean necesarias para que Telefónica Móviles de Chile S.A. cumpla la sentencia y no se alce en contra de ella, acudiendo y usando a los tribunales ordinarios para burlar lo decidido y pretender que los asuntos ya resueltos se revean nuevamente"*.
2. Se solicita además, en razón de lo anterior, que esta Fiscalía pida al TDLC que aperciba a Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante, indistintamente, "**Movistar**") para que *"cumpla la sentencia N° 88, de 2009 y se desista de sus actos o acciones tendientes a evadir lo resuelto, por la vía de demandar y pedir a los tribunales ordinarios conocer y resolver materias ya resueltas"*.

3. La sentencia aludida condenó a Movistar por incurrir en prácticas de discriminación arbitraria de precios en el mercado de prestación de **servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net** y en una práctica de negativa de venta con el objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net.

II. CONDUCTA DENUNCIADA

4. En términos más específicos, el denunciante reclama que Movistar está **incumpliendo la sentencia**, en la medida que ella, como ya se indicara, interpuso y ha perseverado en una demanda en contra de [REDACTED] por la nulidad absoluta del contrato de suministro telefónico con indemnización de perjuicios y en su defecto la nulidad relativa basado en la supuesta ilegalidad del servicio de re-originaación de llamadas móviles.
5. Como señala el libelo de la demanda que interpusiera Movistar, el propósito es que *“se declare la nulidad de los contratos de suministros de Servicio Público Telefónico Móvil (cosa pedida) (...) en función de la causa ilícita concurrente al momento de su celebración (nulidad absoluta) y del error esencial que vició el consentimiento en la misma ocasión (nulidad relativa) y que se condene a la demandada a pagar los perjuicios causados de acuerdo a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual”¹.*
6. La demanda fue interpuesta ante un tribunal ordinario, encontrándose en aquel entonces incoado un proceso ante el TDLC en donde [REDACTED], junto a tres otras empresas, demandaron a Movistar por infracción del DL 211 en relación a actuaciones relativas a los mencionados contratos.
7. Ahora bien, en opinión de [REDACTED], este hecho - la interposición y el ejercicio de la acción civil frente a un tribunal ordinario - vulnera lo resuelto en la sentencia N° 88/2009, en particular, los números 3° y 4° de la parte resolutive que señalan:

¹ Como consta en la demanda que interpuso Movistar contra [REDACTED].

- **“3° PROHIBIR** a *Telefónica Móviles de Chile S.A.* cobrar a las empresas que ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, precios arbitrariamente discriminatorios, respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil;
- **“4° ORDENAR** a *Telefónica Móviles de Chile S.A.* se abstenga en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación a las características de quién accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones;”

8. Del mismo modo, señala la denunciante, que la interposición de la acción de nulidad violó en su momento una medida precautoria decretada por el H. Tribunal en los autos acumulados.
9. En base a lo anterior y en el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 39 letra d) del DL 211, la cuestión que es pertinente resolver en el contexto de esta denuncia, es si existe un incumplimiento de la sentencia N° 88/2009 del TDLC teniendo en consideración el ejercicio de las acciones civiles interpuestas con anterioridad a su dictación².

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

10. La demanda civil que es objeto de la denuncia se interpuso con fecha ■ de ■ de ■ ante el ■ ■ de ■, bajo el Rol ■-■, estando el TDLC conociendo de las demandas conjuntas de Sistek, Interlink, OPS y Ecom en contra de Movistar, esto es, **cerca de 5 meses**

² Es necesario considerar que el presupuesto teórico del que se parte para la configuración de un posible incumplimiento por medio del ejercicio de acciones civiles es aquel referido a la figura de la “sham litigation” o litigación fraudulenta. Al respecto ver el artículo de Klein, Crhistopher C. *The Economics of Sham Litigation. Theory, Cases and Policy*. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission. 1986. Además, Barros, Enrique, “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*” Ed. Jurídica 2006. Además, se han considerado también, las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° s 1173-08, 1279-08, 1253-08 y las sentencias del TDLC 47/2006 “Sal Lobos”, la 90//2009 “Cía. chilena de Fósforos”, 50/2007 Hemisferio Izquierdo” y la 80/2009 “Reebok”.

antes de la dictación de la sentencia N° 88/2009. En la demanda civil se solicitó que se declare la nulidad absoluta de los contratos N°s [REDACTED] y [REDACTED], de [REDACTED] de [REDACTED] y [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] respectivamente, junto con la indemnización de perjuicios por adolecer ambos de causa ilícita³.

11. La causa ilícita alegada por el demandante, como se señala en la demanda, se configura *“a través de una serie de equipamientos telefónicos inteligentes, los cuales integrados entre sí permiten reoriginar, en forma ilegal, las llamadas realizadas por sus clientes desde teléfonos de red fija para reoriginarlas a través de una de las Tarjetas SIM de las que és titular la demandada ([REDACTED]) en su calidad de suscriptora de un contrato de suministro telefónico móvil celebrado con mi representada”*⁴.
12. Dichos contratos son los mismos en virtud de los cuales Movistar fue sancionada por conductas discriminatorias en razón del alza de los precios a los paquetes de minutos que le vendía a [REDACTED]. Por lo tanto, el contexto para la fiscalización del cumplimiento de la sentencia en el ámbito acotado de esta denuncia, **está determinado por los referidos contratos**.
13. Ahora bien, en principio, la sola interposición de la acción civil en un tribunal ordinario no configura por sí misma, un incumplimiento de lo resuelto por el TDLC. Dicha determinación debe realizarse considerando el ámbito de aplicación de la sentencia frente a los términos de la denuncia de [REDACTED] ante esta Fiscalía.
14. Es importante tener presente que en el análisis que se efectúa, la determinación de la **procedencia de la acción de nulidad no le corresponde a este organismo**, al ser el ejercicio de un derecho potestativo que cautela un derecho subjetivo⁵ siendo, por tanto, improcedente un análisis del mérito en el marco de un proceso que, por lo

³ Los códigos de clientes de los referidos contratos son los N°s [REDACTED] y [REDACTED] respectivamente.

⁴ Como consta en el escrito de la demanda que interpuso Movistar contra [REDACTED] Rol [REDACTED]-[REDACTED] de [REDACTED].

⁵ Barros. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. P. 1048 y ss.

demás, se encuentra actualmente vigente⁶. Y es importante esto justamente porque permite delimitar el ámbito de aplicación del artículo 39 letra d) del DL 211 en razón del cual se fiscaliza el cumplimiento de la sentencia.

15. Dicho lo anterior, una primera cuestión que es necesario considerar es el hecho que la **interposición de la acción tuvo ocasión durante el proceso** Rol 126-07 del TDLC que dio origen a la referida sentencia, haciendo, por tanto, improcedente plantearse la posibilidad de una vulneración *ex post* de lo resuelto por el tribunal, por medio de una conducta acaecida con anterioridad. Asumir lo contrario implicaría suponer la *retroactividad* de las consecuencias jurídicas de una conducta contenida en lo decretado por un tribunal⁷. Dicho supuesto es incorrecto pues desconoce la aplicación del principio de irretroactividad de la ley.

16. Por lo tanto, la pregunta que realiza el denunciante no puede plantearse en el sentido de si la **interposición** de la acción civil es una vulneración *ex post* a lo resuelto por el tribunal. Esa posibilidad está conceptualmente descartada. La única hipótesis jurídicamente posible en virtud de la cual podría analizarse un incumplimiento de lo resuelto por el TDLC en el sentido de la denuncia, es si a Movistar le corresponde un **deber de desistimiento**⁸ de la referida acción civil *desde* el momento de la dictación de la sentencia.

17. Pero para establecer si concurre el deber de desistimiento, es necesario resolver con anterioridad si el ejercicio de la acción de nulidad por parte de Movistar es de aquellas actuaciones que se encuentran contenidas en lo resuelto (en términos prohibitivos) por el tribunal, es decir, estableciendo

⁶ Al respecto la causa rol [REDACTED]-[REDACTED] se encuentra en estado con citación para oír sentencia conforme lo indica la resolución a fojas [REDACTED] con fecha [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED]. Disponible en www.poderjudicial.cl [última visita 18 de octubre].

⁷ En el contexto de la aplicación del derecho, el criterio fundamental en términos temporales es de carácter negativo. Una ley dictada con posterioridad al acaecimiento de un hecho no le es aplicable. Tal es el sentido general del principio de irretroactividad de la ley. Ver, por todos, Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción castellana de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991. Primera Parte.

⁸ En el sentido del artículo 148 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

primero el deber de comportamiento correlativo (por aplicación de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción)⁹.

18. De forma adicional, dicha ponderación debe considerar que la sentencia establece un deber futuro de comportamiento. Efectivamente, señala - "ORDENAR a Movistar Móviles de Chile S.A. **se abstenga en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación a las características de **quién accede a sus servicios****"¹⁰-. (destacado nuestro).
19. Y en el contexto de esta denuncia, el deber de comportamiento (contexto de aplicación de la sentencia) **está determinado por los contratos de suministros telefónicos entre [REDACTED] y Movistar.**
20. Pero la cuestión central de todo este análisis, es que [REDACTED] **no utiliza los contratos referidos desde [REDACTED]**¹¹. Es más, incluso antes que se ejerciera la acción de nulidad absoluta, específicamente **2 años antes**¹², [REDACTED] había dejado de utilizar los contratos en virtud de los cuales prestaba los servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net.
21. **Tales contratos quedaron en desuso**, como consta a fojas [REDACTED] en el proceso ante el [REDACTED] de [REDACTED] Rol [REDACTED]-[REDACTED], donde la propia demandada [REDACTED] señala, ante una solicitud de exhibición de documentos, que los contratos que son objeto de la demanda no son

⁹ Sobre esta distinción en el derecho ver, Dan-Cohen, Meir. *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*. 97 Harv.Law Rev. 625. Desde la perspectiva de la dogmática penal alemana ver, Hruschka Joachim, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Francisco Baldó Lavilla, en Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Edición a cargo de Pablo Sánchez – Ostiz, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 28-29.

¹⁰ Sentencia N° 88/2009 TDLC Resuelvo N° 4 ya citado.

¹¹ Tal y como consta en la [REDACTED] ante esta [REDACTED] con fecha [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED].

¹² Como consta en la sentencia (p 9 y ss.), con [REDACTED] recibió una [REDACTED]. De manera adicional, según consta en la [REDACTED] antes vista, se señala que desde esa fecha, la empresa [REDACTED] no siguió prestando los servicios con los contratos con los planes de suministros N°s [REDACTED] y [REDACTED].

utilizados desde fines de 2006 y que **en la actualidad no presta servicios por medio de esos contratos**¹³.

22. En tal caso, es dable preguntarse cómo podría realizarse un análisis de la adecuación del comportamiento de Movistar con lo resuelto en la sentencia N° 88/2009 respecto de [REDACTED] (satisfacción del deber de comportamiento), en circunstancias que, en los hechos, no existen contratos respecto de los cuales se pueda “incumplir” lo resuelto o, dicho de otro modo, no existen los contratos respecto de los cuales se pueda corroborar la adecuación del comportamiento de Movistar (el presupuesto fáctico para evaluar las condiciones de cumplimiento de la sentencia).
23. En consecuencia, es improcedente considerar que el ejercicio de la acción de nulidad sobre contratos que se encuentran en desuso, respecto de [REDACTED], incluso antes de su interposición importa un incumplimiento a la sentencia N°88/2009. La sola constatación de aquello hace que la **denuncia de [REDACTED] carezca de fundamento.**
24. Refuerza la conclusión anterior el hecho que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹⁴. A mayor abundamiento, no se aportaron antecedentes adicionales que permitiera reforzar la hipótesis de una vulneración a lo resuelto en los términos denunciados.
25. Por supuesto, el análisis precedente y su conclusión no implican, de modo alguno, una certificación del adecuado cumplimiento que Movistar hace respecto de la sentencia aludida pues, como se ha insistido en esta presentación, el análisis tuvo como presupuesto el específico contexto planteado por la denuncia de [REDACTED].

¹³ Ver escrito a fojas 1287 disponible en www.poderjudicial.cl [última visita jueves 25 de octubre de 2012].

¹⁴ Como consta en la ya referida [REDACTED] ante esta Fiscalía de [REDACTED]
[REDACTED]

IV. CONCLUSIONES

26. En vista de los antecedentes recabados y de las razones expuestas, esta División estima que no hay mérito suficiente para configurar una hipótesis de vulneración de la sentencia N° 88/2009 del TDLC bajo el supuesto de la denuncia.
27. Por todo lo dicho, esta División sugiere no iniciar una investigación en relación con los hechos denunciados, salvo su mejor parecer.

Saluda atentamente a usted,

RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES