

Santiago, siete de enero de dos mil catorce.

Vistos:

En estos autos rol 6264-2013 la empresa Beatriz Lea Zuberan Comercializadora E.I.R.L., en adelante ISRACOM, interpuso una demanda en contra de One Smart Star Number Chile S.A., en lo sucesivo OSS Chile, denunciando que la contraria ha incurrido en conductas de competencia desleal contrarias a la libre competencia.

La actora afirma que presta en Chile servicios de short dial, el que explica en detalle, y destaca que lo importante es que no utiliza ningún tipo de tecnología para prestar el mencionado servicio y además que es imprescindible la autorización previa de todos los operadores móviles del país para la prestación del mismo.

Agrega que la demandada es su única competidora en el mercado de los servicios de discado de marcación abreviada para acceso telefónico a empresas, quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante, con al menos un 55% de participación y que la demandada define el referido servicio en su página web como una herramienta de marketing protegida por patentes. Esta última afirmación la funda en que en mayo de 2006 OSS Internacional nombró como distribuidor en Chile a OSS Chile, empresa que presentó ante el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INAPI) la Solicitud N° 1092-06 de patente de invención la que si bien se presentó para proteger el método y sistema

de ruteo de comunicaciones a un proveedor de servicio de comunicaciones, lo cierto es que se concede mediante resolución de 28 de octubre de 2011 sobre una unidad física (hardware) que debe conectarse físicamente, a través de líneas de comunicación, con los operadores de telefonía móvil y fija a sus data base, para comprobar y verificar qué numeraciones cortas se encuentran disponibles.

En este contexto, la demandante explica que a partir del año 2009 OSS Chile realizó una campaña de desacreditación en su contra ante los operadores de telefonía móvil y ante sus actuales y potenciales clientes, dañando su nombre e interfiriendo en sus relaciones contractuales. Sostiene que como consecuencia de lo anterior, algunas empresas habrían suspendido o congelado el servicio de ISRACOM y prolongando las respectivas negociaciones producto de las aseveraciones incorrectas o falsas que la demandada habría efectuado. En efecto, aduce que la estrategia de marketing de aquella consistió en imputar a su representada una infracción a la Ley N° 19.039, en particular la infracción a su patente de invención. Al efecto, describe tres cartas enviadas por un abogado de la demandada a Ariel Mitnik, a quien erradamente le atribuyen la calidad de representante legal de ISRACOM, señalando que su empresa al ofrecer el servicio de marcación abreviada infringiría la patente de invención. Luego menciona diversas comunicaciones enviadas por la

demandada a Corpbanca, Banco de Chile y Claro Chile, las que en suma atribuían a ISRACOM una competencia informal, aduciendo que la única habilitada en Chile para prestar el mencionado servicio era OSS Chile.

Manifiesta que de lo expuesto fluye que la demandada incurrió en prácticas de competencia desleal, infringiendo el artículo 3° de la Ley N° 20.169 que regula dicha materia al ejecutar conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres, las que habrían perseguido desviar clientela de ISRACOM por medios ilegítimos, vulnerando además el artículo 4° de la misma ley al efectuar aseveraciones incorrectas o falsas sobre los servicios, actividades y relaciones comerciales de un tercero, susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Afirmar que dichas prácticas son sancionables en sede de libre competencia, porque OSS Chile goza de una posición dominante en el mercado relevante o, al menos, estaría en condiciones de alcanzarla.

Que al contestar OSS Chile solicita el rechazo de la demanda con costas, negando haber incurrido en actos de competencia desleal. Explica que es una empresa vinculada a OSS Internacional, cuyo espectro de negocios es la generación de nuevos métodos, servicios y tecnologías vinculadas al ámbito de las comunicaciones y que ofrece como producto un servicio de marketing que permite a una empresa dar a conocer un número de cuatro dígitos iniciado

por asterisco, para que sus clientes puedan contactarla a través de una multiplicidad de canales de comunicación, por lo que es necesario contar con el consentimiento de las empresas que prestan dichos canales de comunicación; al ser el mercado chileno incipiente, afirma que sólo ha contratado con los operadores de telefonía móvil. Expone que este servicio de marketing fue inventado y patentado por OSS Internacional en Israel en el año 2005, luego de lo cual ésta inició un proceso de registro internacional de su patente. En Chile, la patente se solicitó ante el INAPI el 10 de mayo de 2006, bajo el N° 1092-2006. Afirma que mientras se llevaba a cabo el proceso de inscripción de la patente, comenzó a buscar un socio estratégico en Chile; así en el año 2006 OSS Internacional contactó a Daniel Cohen, quien se hizo asesorar por Ariel Mitnik, entregándole a éste diversa información sobre el negocio. Luego, explica que Cohen intentó introducir el negocio en Chile, pero que ello no fructificó, por lo que OSS Internacional nombró a la empresa chilena Universo Digital S.A. como exclusivo distribuidor de su servicio en Chile, creándose así OSS Chile en el año 2008.

Afirma que este contexto es determinante y demuestra que es la demandante quien realizó competencia desleal y no su representada. En efecto, haciendo uso de la información entregada por el Sr. Cohen, el Sr. Mitnik se asoció con la señora Beatriz Lea Zuberman. En efecto, sostiene que

durante el año 2009 OSS Chile tomó conocimiento de que una empresa chilena estaba ofreciendo un servicio equivalente al que comenzaba a ofrecer bajo el amparo de la solicitud de patente efectuada ante el INAPI y, más aún, que esta empresa explicaba en su página web en qué consistía el Servicio de Comunicación Abreviada *4 Dígitos, mediante publicidad que había desarrollado OSS Internacional y con clientes de dicha empresa, aprovechándose así de su reputación. Añade que luego de analizar eventuales acciones legales con abogados, OSS envió una carta al Sr. Mitnik en la que le explicaba que los servicios que éste ofrecía suponían una infracción a los derechos que emanaban de su solicitud de patente. Agrega que poco después éste se presentó en la oficina de abogados de su representada señalando que su compañía prestaba servicios de intermediación en Chile para una empresa israelí, que habría patentado originalmente el Servicio de Comunicación Abreviada *4 Dígitos, lo que jamás fue comprobado. Afirma que existió mala fe por parte de ISRACOM, la que se hizo aún más evidente cuando se acreditó a ésta que OSS Internacional tenía derechos de propiedad sobre los sistemas patentados y, no obstante ello, continuó compitiendo en infracción a dichos derechos de exclusividad, firmando contrato con Movistar y Entel en julio de 2010 con el fin de poder ofrecer sus servicios en el mercado.

Reconoce que envió comunicaciones a los operadores de telefonía móvil y a eventuales clientes de ISRACOM, con el fin de poner en su conocimiento la competencia desleal de la que estaba siendo víctima. Afirma que en ellas se informaron cuestiones verídicas, ciertas y efectivas con el fin de amparar los derechos que le otorgaría la Ley N° 19.039, lo que descartaría cualquier tipo de competencia desleal.

Esgrime que no se configuraría la hipótesis genérica del artículo 3° de la Ley N° 20.169 de competencia desleal, pues no habría incurrido en conductas contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres con el fin de desviar clientela por medios ilegítimos. En efecto, sostiene que siempre actuó en el entendido de que su patente era legítima, ajustándose al ordenamiento jurídico y en legítima defensa de sus derechos de propiedad industrial. Por el contrario, es ISRACOM quien infringe los derechos de propiedad industrial de OSS Internacional al comercializar servicios cubiertos por la patente.

Tampoco se configuran los presupuestos del artículo 4° letra c) de la Ley N° 20.169 de Competencia Desleal, que sanciona actos de desacreditación, pues, por una parte, OSS Chile jamás ha formulado aseveraciones incorrectas o falsas respecto de ISRACOM, ya que sus cartas enviadas contenían información verdadera, cierta y fidedigna respecto de las actuaciones de ISRACOM; y, por la otra, no habría intentado

denigrar o perjudicar la imagen de esta última, sino que proteger o resguardar la especial posición jurídica que le otorga la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial.

Sostiene que el mercado relevante del producto es más amplio que el señalado por la actora, el que corresponde a la comercialización de servicios de marketing destinados a optimizar la comunicación entre una empresa determinada y sus consumidores o clientes. Niega ostentar una posición de dominio dentro del mercado relevante, sosteniendo además que sus actuaciones no han tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar esta posición puesto que las conductas denunciadas no son objetivamente aptas para ello.

Agrega que no existen barreras de entrada al mercado relevante ya que la propia demandante ha sostenido que para desarrollar su negocio le basta con tener un computador o un teléfono sin infringir la patente, por lo que sería un mercado abierto a cualquier competidor.

En subsidio argumenta que no procede la aplicación de una multa a beneficio fiscal, pues no se verifican los requisitos exigidos para ello en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, ya que no ha existido beneficio económico para ella; por lo demás, las conductas imputadas no adolecen de la gravedad requerida considerando la breve duración de la infracción, la falta de incidencia de la misma en el desenvolvimiento de las actividades de la demandante y la ausencia de dolo o mala fe. Además, expresa que goza de

irreprochable conducta anterior, en especial en materias de libre competencia.

A fojas 180 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recibió la causa a prueba.

Mediante la sentencia de fojas 2328 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) acogió con costas la demanda interpuesta por ISRACOM declarando que OSS Chile infringió la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al realizar actos de competencia desleal con el objeto de alcanzar una posición dominante en el mercado relevante, condenándola al pago de una multa de 30 U.T.A., ordenándole abstenerse, en lo sucesivo, de incurrir en conductas de competencia desleal contrarias a la libre competencia.

Para llegar a tal conclusión el tribunal realiza un análisis de las conductas imputadas a OSS Chile. En este aspecto examina el contenido de las comunicaciones - escritas y verbales- dirigidas por la demandada a las empresas de telefonía móvil Claro Chile y a las sociedades Corpbanca, al BancoEstado y al Banco de Chile, concluyendo que estas comunicaciones, al contrario de lo sostenido por la demandada, contenían aseveraciones no verídicas, pues en ella se informa que se ha demandado a ISRACOM por infringir la patente de OSS Chile; sin embargo, a la fecha sólo existía una medida prejudicial de exhibición de documentos. Reconoce el sentenciador que quien remite las comunicaciones no era abogado, pero tal circunstancia no

atenúa su responsabilidad atendido el alto cargo que ocupaba en la empresa demandada, por lo que debió ser más prolijo en el término utilizado.

Continúa el análisis señalando que en las comunicaciones se le imputa a ISRACOM generar una competencia informal, refiriéndose a una competencia al margen de las formas y reglas, es decir, una competencia ilegal y desleal. Pues bien, sostiene que la demandada debió acreditar dicha circunstancia en el proceso, lo que no hizo. En efecto, consigna que en estos autos sólo consta que OSS Chile presentó ante la justicia civil una medida prejudicial probatoria -en el mes de diciembre de 2010- en la que se proponía deducir acciones al amparo de la Ley N° 20.169, y que más de dos años después -en marzo de 2013- se interpuso una demanda, pero esta vez por una supuesta infracción de la actora a sus derechos de propiedad industrial. Por consiguiente, estima que no existe antecedente alguno en el proceso que avale la veracidad y corrección de la aseveración de la demandada sobre la competencia informal que, a esa fecha, atribuía a ISRACOM.

Por otra parte, respecto a la afirmación consistente en que OSS Chile era la única empresa habilitada para prestar el servicio de marcación abreviada, señalan que la presentación de la solicitud de medida prejudicial probatoria es indicativa de que la demandada no tenía certeza de si el servicio ofrecido por la demandante estaba

o no cubierto por su patente, pues de lo contrario habría deducido derechamente una demanda en contra de ISRACOM para hacer efectiva una eventual responsabilidad por infracción a la Ley N° 19.039 o a la Ley N° 20.169. A mayor abundamiento, agrega que existen antecedentes en autos que permiten afirmar que no era posible inferir que los servicios de marcación abreviada prestados por la actora estaban cubiertos por la Patente de OSS Internacional y que, por lo tanto, la aseveración contenida en el correo electrónico analizado fue al menos temeraria. En este aspecto analiza la prueba documental acompañada y el informe pericial rendido en autos, el cual concluye que los servicios de short dial provistos por ISRACOM no están cubiertos por la patente de la demandada, pues lo patentado es un método o sistema para proveer el servicio de marcación abreviada y no el servicio mismo. De acuerdo con este peritaje, si bien el servicio es el mismo -la marcación abreviada de números de teléfonos-, la forma de proveerlo, en particular la coordinación entre las bases de datos de las empresas de telefonía móvil y el cliente, es distinto, pues en el caso de OSS Chile dicha función la realiza una unidad física de carácter técnico, la que se encuentra patentada, mientras que en el caso de ISRACOM dicha función es realizada a través de la gestión personal de su representante. Estos antecedentes permiten que el sentenciador concluya que la afirmación de la demandada

sobre su exclusividad para ofrecer el servicio de marcación abreviada, derivada de los derechos que le conferiría su patente, no era efectiva y envolvía una aseveración incorrecta sobre los servicios que ofrece la demandante. Sin perjuicio de ello -y en lo que es realmente relevante- considera el sentenciador que tampoco es legítimo al titular de un derecho o privilegio industrial interferir en las negociaciones que un competidor mantenga con clientes o potenciales clientes, aunque dicho competidor esté efectivamente infringiendo la Ley N° 19.039, pues ante esa situación lo que corresponde es que se ejerzan las acciones que le confiere este mismo cuerpo normativo para hacer efectiva la responsabilidad del infractor.

Afirma el sentenciador que tampoco es cierta la imputación de prácticas predatorias a ISRACOM, pues ello implica atribuir a un tercero vender sus productos o servicios bajo sus costos con el objeto de excluir al resto de los competidores del mercado y, de esta forma, resarcirse posteriormente de las pérdidas, lo que en la especie no ha sido acreditado por OSS Chile, la que más allá de afirmar que las tarifas que ella cobra por el servicio de marcación abreviada son más altas que las que ofrece ISRACOM, debido a los royalties que debe pagar al dueño de la patente en Israel, no aportó ningún antecedente que permitiera hacerse alguna idea sobre los costos de los servicios de aquélla. Por otra parte, un aspecto central de

su defensa ha sido sostener que en el mercado en que se desenvuelven estos hechos no existe barrera de entrada alguna, por lo que mal podría recuperar las pérdidas luego de excluir a un competidor, por lo que no habría incentivo para ejecutar una conducta predatoria.

Así, concluye que las comunicaciones enviadas por OSS Chile a Corpbanca, BancoEstado, Banco de Chile y Claro Chile no eran la forma correcta de defenderse frente a quien consideraban estaba infringiendo su patente y, además, contenían ciertas informaciones y aseveraciones incorrectas o derechamente falsas sobre los servicios de short dial ofrecidos por la demandante.

Luego, la sentencia analiza si las acciones por medio de las cuales OSS Chile invocó la exclusividad, tuvieron por objeto desacreditar a la demandante para desviar su clientela. Con dicho objeto examina la defensa de la demandada, quien esgrime haber actuado para proteger su patente atendido el contexto en que se desarrollan los hechos, esto es, una eventual relación comercial entre el Sr. Mitnik y la señora Beatriz Lea Zuberma y el uso de publicidad de OSS Internacional para ofrecer sus servicios. El tribunal asienta ambos hechos; sin embargo, concluye que ello no justificaba la reacción de OSS Chile materializada en el envío de comunicaciones a las empresas de telecomunicaciones y clientes -actuales o potenciales- de ISRACOM. En efecto, sostiene que cuando una persona es

titular de un derecho -en este caso, de propiedad industrial- la ley, por una parte, le asigna ciertos derechos exclusivos sobre el mismo y, por otra, contempla los mecanismos para hacer efectivos dichos derechos en aquellos casos en que sean transgredidos o violentados. En el caso de autos, la Ley N° 19.039 contempla mecanismos de defensa de las patentes que debieron ser ejercidos, sin perjuicio de las acciones penales que la misma otorga. No obstante ello, la demandada no ejerció tales acciones, sino que envió las comunicaciones invocando la exclusividad sobre su sistema de numeración abreviada, las que analizadas temporalmente permiten concluir que ellas tenían por objeto desacreditar a ISRACOM frente a las empresas de comunicaciones y clientes, pues la demandada sabía que el camino para hacer efectiva la exclusividad sobre su patente era el ejercicio de las acciones contempladas en la Ley N° 19.039, y no la interferencia en las negociaciones que la demandante llevaba a cabo con las empresas de telefonía móvil y los potenciales clientes que pretendía captar.

Continúa el sentenciador señalando que las acciones de competencia desleal cometidas por la demandada tuvieron por objeto y fueron aptas para desviar clientela de ISRACOM, pues las interferencias de la demandada fueron adecuadas para hacer fracasar las negociaciones de la actora o, al menos, retardarlas, pues todas las empresas requirieron informes a oficinas de abogados para efectos de continuar

sus relaciones con la actora, y en el caso específico de BancoEstado las comunicaciones se dirigieron en pleno proceso de comparación de cotizaciones, por lo que es posible presumir que las comunicaciones enviadas por OSS Chile influyeron en la no contratación de esta empresa con ISRACOM.

Finalmente, analiza si la conducta de OSS Chile tuvo la aptitud de producir efectos en el mercado, es decir, de afectar la libre competencia. En este aspecto establece que el mercado geográfico corresponde a todo el territorio geográfico de Chile y en relación al mercado del producto, reconoce la controversia en su determinación y por ello, luego de ponderar la prueba rendida, concluye que corresponde al de distribución o comercialización de servicios de marcación abreviada *4 Dígitos, puesto que la lógica y la experiencia indican que los servicios de marcación números 600, 800 y el resto de las soluciones de marketing citadas por la demandada y por sus testigos, no pueden considerarse sustitutos suficientemente cercanos de los servicios de marcación abreviada ofrecidos por OSS Chile e ISRACOM, ya que no presentan la característica esencial de recordación rápida y eficaz que estos últimos ofrecen, funcionando más bien como complementos del servicio de marcación abreviada y no como sustitutos del mismo.

Así, una vez determinado el mercado relevante, los sentenciadores establecen las participaciones en él, concluyendo que OSS Chile tiene un 58% de los clientes y un 71% de los números vendidos, siendo el resto de ISRACOM. En razón de ello concluyen que la demandada tenía una importante participación de mercado a la fecha de los actos denunciados. En lo que respecta a las barreras a la entrada a este mercado, señalan que la Patente de Invención N° 47.856 podría constituir una barrera legal, si es que la misma cubriera el servicio de marcación abreviada y no un método o sistema para proveerlo. Sin embargo, estiman que ello es discutible, puesto que las únicas soluciones patentables son aquellas de carácter técnico, mientras que los planes de negocios no son patentables, por lo que esta patente no debería ser considerada como una barrera de entrada. Despejado lo anterior, sostiene el tribunal que en este mercado sí es imprescindible contar con el servicio de enrutamiento de las llamadas desde teléfonos móviles para poder prestar el servicio de marcación abreviada, por lo que la falta de un contrato con solo uno de los operadores móviles podría impedir la entrada de un nuevo competidor al mercado. Por esta razón se considera que la interferencia de la demandada en las relaciones comerciales entre ISRACOM y Claro Chile aparece como especialmente grave, toda vez que de haber sido totalmente exitosa habría impedido que la demandante prestara sus servicios.

Concluye el sentenciador que el comportamiento estratégico de los incumbentes también puede llegar a constituir un obstáculo para la entrada de nuevos competidores en un mercado. Estima que en el caso de autos, las conductas imputadas a OSS Chile constituyen actos de competencia desleal que en sí mismos importan un comportamiento estratégico que ha tenido la aptitud de desviar clientela de la demandante y que puede llegar a constituir un impedimento o dificultad para que nuevos actores ingresen al mercado, añadiendo que se está en presencia de actos que constituyen barreras artificiales a la entrada del mercado que de ser completamente efectivas podrían llevar a la demandada a convertirse en la única prestadora del servicio en cuestión, por lo que parece del todo evidente que dichas conductas, cometidas por la empresa con mayor participación en el mercado relevante, tenían precisamente por objeto alcanzar una posición no simplemente dominante sino monopólica en el mismo.

A fojas 2368 la parte demandada deduce recurso de reclamación en contra de dicho fallo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso de reclamación se divide en siete acápite en los que se van exponiendo distintos aspectos que -a juicio de la demandada- demostrarían que era improcedente acoger la demanda de autos y declarar que

su representada ha incurrido en actos de competencia desleal que han tenido por objeto incrementar su posición de dominio.

Segundo: Que en un primer acápite se esgrime que la sentencia recurrida infringe el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 1698 del Código Civil y, consecuentemente, la presunción de inocencia. Explica el recurrente que nuestra doctrina y jurisprudencia ha decantado la regla conforme a la cual se establece que ante la ausencia de prueba del demandante el juez está obligado a dictar sentencia de absolución por cuanto no han sido probados los hechos en los que descansa la acción. Añade que ello es más evidente en un procedimiento como el de autos, en que se imputa la infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, manifestación del derecho administrativo sancionador, esto es, del ius puniendi estatal, por lo que destaca que el juzgamiento de los ilícitos administrativos debe regirse y aplicarse, con ciertos matices, por los principios del derecho penal. Sostiene que entre los principios que rigen este procedimiento está el de la presunción de inocencia, cuyo origen se encuentra en el artículo 19 N° 3 inciso 6° (sic) de la Constitución Política de la Republica, y que supone que sólo sobre la base de pruebas efectivas -cuyo aporte es carga de quien acusa- podrá alguien ser sancionado.

En este aspecto, enfatiza que era carga de ISRACOM acreditar todos y cada uno de los supuestos fácticos sobre los cuales descansa el ilícito anticompetitivo de competencia desleal que le reprochó a su representada, cuestión que la actora no cumplió, razón por la que la sentencia recurrida al acoger la demanda de autos infringió los principios de la carga de la prueba y de presunción de inocencia y, consecuentemente, las reglas de la sana crítica, al dictar un fallo sin un respaldo probatorio mínimo. Especifica que la ausencia de actividad probatoria tuvo su mayor relevancia en aquello que permitía que la demandante ocurriera no ante la justicia ordinaria, sino que ante una jurisdicción especial: el mercado relevante, la posición de dominio y los presuntos efectos anticompetitivos de las conductas imputadas (sic). Expresa que la demandante simplemente se limitó a intentar demostrar que la patente de invención de la que es titular OSS Internacional no cubre los servicios que ella presta y que, por tanto, no existió ni existe una infracción de aquella y como es del todo evidente, ello es inapto para dar lugar a una acción por un ilícito anticompetitivo de competencia desleal.

Tercero: Que en el capítulo siguiente esgrime el recurrente que la sentencia impugnada incurrió en un erróneo análisis de las comunicaciones realizadas por OSS Chile, cuestión que además se produce por la falta de

ponderación de la prueba relacionada con ellas. Explica que el sentenciador se limitó a realizar un examen de las palabras o frases que se utilizaron en cada una de dichas comunicaciones, sin atención al contexto ni momento en el que se produjeron.

Enseguida el recurrente realiza un examen de las expresiones vertidas en las comunicaciones que han sido analizadas por el sentenciador, con el fin de demostrar que el estudio realizado por aquel es incorrecto, y que, en consecuencia, las afirmaciones contenidas en ellas sí eran verídicas, dado el contexto que su representada enfrentaba:

a) Expresión "demanda": el sentenciador equivocadamente le da un significado jurídico, a pesar de que reconoce que quien la emite no era letrado, por lo que no puede exigirse un conocimiento detallado de las presentaciones judiciales, ni menos condenar porque se utilizó el término demanda y no medida prejudicial. Lo anterior es más grave si se considera que -tal como lo reconoce la propia sentencia- se adjuntaba un documento que describía con detalle la naturaleza de la presentación judicial realizada.

b) Respecto de la expresión "competencia informal": sostiene el reclamante que el sentenciador recurre a la definición otorgada por la Real Academia de la Lengua pero realiza una aplicación incorrecta de la misma, puesto que concluye que considerando la referida definición debe

entenderse que con el uso de tal expresión su representada atribuía a la demandante la generación de una competencia ilegal y desleal, concluyendo que para realizar una aseveración como la examinada era necesario presentar una demanda y haber obtenido una sentencia ejecutoriada en un proceso de competencia desleal u otro de similar naturaleza. Considera que es evidente que la interpretación utilizada es errónea, porque ella es empleada entre dos sujetos no pertenecientes al mundo del derecho sino que del comercio, por lo que no es lógico entender que cuando un sujeto no letrado dice "competencia informal" se refiera a lo mismo que un abogado litigante. Estima que lo anterior es determinante porque se le atribuye no haber presentado prueba para establecer la veracidad de la afirmación, sin atender a que su representada sí acreditó cómo ISRACOM se presentó como una empresa informal que generaba competencia de este tipo al no respetar las formas, reglas y usos mínimos del tráfico comercial.

En este aspecto afirma que la sentencia recurrida olvida completamente que a la fecha de las comunicaciones denunciadas, todas las circunstancias de hecho -debidamente acreditadas en autos- indicaban que ISRACOM actuaba y competía informalmente. En particular, había tomado conocimiento del método patentado y negocio de OSS Internacional a través de Ariel Mitnik, quien en un inicio se vinculó comercialmente con OSS Internacional y, luego,

con ISRACOM, empresa esta última que se encontraba en una situación de infracción a los derechos de propiedad industrial quien no sólo reproducía el método y negocio patentado sino que también utilizaba su publicidad. Se suma al contexto la circunstancia que el Sr. Mitnik al ser requerido en el año 2009, nunca negó la existencia y posibilidad de un derecho de propiedad industrial sobre el servicio de marcación abreviada *4 dígitos; es más, llegó a sostener que representaba a la empresa que realmente tenía la patente sobre el referido sistema. Por otro lado, afirma que el tribunal olvida que ISRACOM promocionaba y promociona sus servicios con publicidad desarrollada por OSS Internacional.

c) Acerca de la expresión "única empresa habilitada para dar este servicio": En primer lugar, sostiene que la sentencia realiza una inferencia del todo errada al señalar que la presentación de la medida prejudicial probatoria demostraba que no existía certeza acerca de que la actividad del demandante estuviera cubierta con la patente. Expresa que lo cierto es que si se revisa el texto de dicha presentación y especialmente los documentos solicitados exhibir, se concluye que ninguna relación tenían con la patente de invención ni con los derechos de propiedad industrial de ella derivados, sino que se refería únicamente a la utilización ilegal de publicidad desarrollada por OSS Internacional. Sostiene que lo único

que perseguía era preparar una acción referida a dicho ilícito y no a una infracción de propiedad industrial. Además, señala que era discutible que su representada pudiera demandar por infracción de propiedad industrial a dicha fecha, pues solo tenía una solicitud en trámite. Por otro lado, manifiesta que la sentencia describe los informes técnicos acompañados por las partes y el peritaje rendido en autos, sin hacerse cargo de ninguna de las observaciones realizadas por él a dichos informes y sin explicar cuál de dichos informes estimó como correcto y por qué razones, cuestión que sólo se puede inferir de la decisión a la que arribó en orden a considerar que la afirmación acerca de la exclusividad era incorrecta.

Indica que su representada jamás ha sostenido tener algún derecho de propiedad industrial sobre un modelo o plan de negocios -puesto que ello no es posible-, sino que ha sostenido que el método empleado por ISRACOM se encuentra alcanzado por los derechos de propiedad industrial de OSS Internacional y que su representada goza como distribuidora exclusiva en el territorio nacional. En efecto, estima que ISRACOM replica los pasos o secuencias del método protegido por la Patente N° 47.856, tal como fue acreditado en autos. Así las cosas y más allá de que la sentencia impugnada no ofrece ningún razonamiento a este respecto, afirma que lo cierto es que la actora infringía e infringe la patente de invención de la que es titular OSS

Internacional, razón por la que se encuentra en tramitación un proceso por infracción a la Ley de Propiedad Industrial ante el 9° Juzgado Civil de Santiago, C-3049-2013.

Por otro lado, sostiene que lo importante al respecto no era el análisis técnico acerca del alcance de la patente de invención sino el análisis de los hechos que rodearon a las comunicaciones. Alega que dichos hechos acreditan, más allá de toda duda, que aun en el caso que se considerara que la patente de invención efectivamente no cubre el servicio proveído por ISRACOM, de todos modos era razonable y previsible pensar que sí lo hacía, de modo tal que no constituía un actuar negligente -ni menos aún doloso- la invocación de la exclusividad.

d) Acerca de la expresión "condiciones muy predatorias": expone que el sentenciador la ha entendido en su acepción económica o de libre competencia, exigiendo que los sujetos comunes y corrientes se expresen como letrados y, aún más, como letrados instruidos en materias económicas y de libre competencia. Agrega que es del todo lógico entender que la expresión se refería a condiciones muy desventajosas para OSS Chile o más precisamente a condiciones de precios con las que ella no podía competir. En esta materia, no es cierto lo aseverado por el sentenciador en orden a que no se habría producido prueba en torno a los costos y precios del servicio prestado por la actora, para lo cual basta considerar la confesión de la

representante legal de la demandante para entender que no tiene ningún costo relevante asociado a la producción de su servicio, salvo el precio pagado a los operadores de telefonía, por lo que tiene un 100% utilidad. Enfatiza que los montos cobrados por las operadoras de telefonía por habilitación y mantención como los precios cobrados por la demandante se encuentran todos en el proceso puesto que fueron acompañados los contratos, tanto con las empresas de telefonía móvil como con los clientes. Idéntica situación ocurre respecto de los costos y precios en los que incurría OSS Chile, toda vez que fue acompañado en autos el contrato en virtud del cual OSS Chile se encuentra obligada a pagar a OSS Internacional por concepto de royalty o utilización de derechos de propiedad industrial el 50% de sus utilidades, como también se incorporaron al proceso los balances de los años 2011 y 2012 de OSS Chile.

Cuarto: Que en el acápite tercero refuta el análisis del sentenciador acerca de que las comunicaciones tuvieron por objeto desacreditar a ISRACOM y desviar su clientela. Explica que el tribunal estimó que existió ánimo de desacreditación únicamente a través de una conjetura fundada en que OSS Chile no demandó sino hasta mucho tiempo después de enviadas las comunicaciones, de lo cual infiere erradamente el ánimo e intención de desacreditar y desviar clientela sin ponderar ni valorar la prueba rendida en el proceso, recurriendo únicamente a una inferencia que es

construida sobre un fundamento jurídico errado. En efecto, expresa que el tribunal da por sentado como un asunto pacífico que las acciones civiles y penales derivadas de una infracción a un derecho de propiedad industrial pueden ser ejercidas desde el momento en que se ha presentado la solicitud, razón por la que a la fecha de las comunicaciones -esto es, cuando la solicitud estaba en trámite- podían ejercerse las acciones que el ordenamiento jurídico contempla. Sin embargo, sostiene que el asunto no es pacífico pues la protección otorgada cuando una solicitud se encuentra en trámite está supeditada siempre a la concesión definitiva de la patente. Esta circunstancia ha dado lugar a que se entienda que no es posible ejercer acciones judiciales sino hasta la concesión de la patente, pero pudiendo abarcar hechos ocurridos desde la fecha de su solicitud. Por esta razón y sin tener que considerar cuál es la tesis correcta al respecto, estima que la inferencia del tribunal es incorrecta y temeraria pues existían otros razonables motivos para no ejercer la demanda.

Agrega que el análisis que en esta materia debía realizar el tribunal debía ser especialmente estricto, pues si bien la dimensión subjetiva es relevante en todos los aspectos a considerar, en una acción como la ejercida por la demandante tiene especial relevancia, por lo que se debía fundamentar cómo se alcanzó la convicción de que OSS Chile tuvo la intención positiva o dolosa de desacreditar a

ISRACOM, pues dicha precisa intención no sólo la exige el tipo anticompetitivo aplicable sino que también la precisa naturaleza jurídica del objeto de este juicio. En efecto, señala que la actora basó su demanda en que su representada a través de comunicaciones con operadores y potenciales clientes abusó de su derecho de propiedad industrial, extendiendo sus límites más allá de los permitidos. Afirma que en este abuso del derecho de propiedad industrial al igual que en la intención de desacreditar y desviar clientela, debe existir dolo, por lo que sostiene que aun si hipotéticamente se considera que éste no es determinante, de todos modos sería necesario al menos un actuar negligente o culpable de quien presuntamente ha abusado del derecho de propiedad industrial. Señala específicamente que el sentenciador en este aspecto no ponderó ni analizó la prueba rendida en el proceso acerca del contexto en que OSS Chile realizó las comunicaciones y que acreditaba que tenía el razonable convencimiento de estar frente a una infracción de sus derechos de propiedad industrial, ni ponderó la prueba que indicaba que nunca existió la intención ni se produjo el resultado de desacreditar a ISRACOM.

Quinto: Que en el cuarto acápite señala que el sentenciador estableció erróneamente el mercado relevante, vulnerando los principios de carga de la prueba y presunción de inocencia al acoger la proposición del

demandante en circunstancias que éste no probó sus asertos. En vez de absolver, recurrió a la "lógica y experiencia" para establecer un mercado relevante de producto que iba en contra de toda y cada una de las pruebas producidas en el proceso, razonamiento que además no explicó ni fundamentó.

Por otra parte, señala que la sentencia impugnada no analiza ni valora la prueba rendida en esta materia, como lo son la declaración de tres testigos quienes recurren a la finalidad o propósito buscado por las empresas que contratan el servicio de comunicación abreviada *4 dígitos para delimitar el mercado relevante. En este sentido, afirma que con la prueba rendida en el proceso se acreditó que este servicio tiene la naturaleza de una herramienta de marketing y que, en consecuencia, es buscada y adquirida con el propósito de aumentar y mejorar la comunicación de los clientes con las empresas contratantes. Esto permite establecer que el mercado relevante es más amplio que el fijado por la sentencia, pues el mismo corresponde al de *"la comercialización de servicios de marketing destinados a optimizar la comunicación entre una empresa determinada y sus consumidores o clientes"*. Así, sostiene que la circunstancia de que el servicio de marcación abreviada no sea indispensable para los clientes es una característica resultante de estar enfrentado a una gran cantidad de sustitutos, de forma tal que un cliente puede satisfacer la misma necesidad con numerosos servicios. Esto, afirma,

tiene un correlato en el grado de penetración del servicio en el mercado que si bien no se logró acreditar en autos, de todos modos es bajísimo.

Ahora bien y específicamente en relación a que como sustitutos del servicio de marcación abreviada están los números 600 y 800, señala que éstos fueron identificados como el sustituto más cercano por los testigos que declararon en el proceso -sin perjuicio de otras herramientas de marketing digital, como los sistemas IVR, las páginas web, el Twitter, el Facebook- siendo las propias operadoras de telefonía quienes destacan que, entre otras características atractivas para optimizar la comunicación entre los clientes y las empresas, son además números de fácil recordación.

Es más, afirma que ni siquiera en el caso que el sentenciador hubiera estimado que toda la prueba rendida en autos acerca del mercado relevante no era conclusiva para superar el estándar de convicción exigido en materia de libre competencia, procedía recurrir a la lógica y experiencia, toda vez que no habiendo existido prueba alguna por parte del demandante en abono de su tesis y existiendo abundante prueba que indicaba que ella no era correcta -aunque se estimara que no era suficiente para superar el estándar de convicción-, lo que correspondía era absolver y no acoger la tesis del demandante.

Sexto: Que en el siguiente capítulo el recurrente atribuye al tribunal haber cometido errores al determinar que su parte ostenta una posición de dominio dentro del mercado y haber considerado que las conductas denunciadas fueron aptas para alcanzarla, mantenerla o incrementarla. En efecto, señala que la errónea determinación del mercado relevante del producto determinó también la errónea decisión del sentenciador en esta materia al establecer que existirían sólo dos competidores; es por ello que al utilizar la información entregada en su escrito de defensa, calculó las participaciones de mercado dando un resultado que no se condice con la realidad. Además de lo anterior afirma que en la confección de dicha tabla -que establece los porcentajes de participación de cada empresa- no se consideró que, tal como su representada lo manifestó en reiteradas ocasiones, uno de sus clientes y cinco de los números vendidos no correspondían a casos típicos de "venta", puesto que fueron transferidos a una empresa relacionada con OSS Chile por lo que no podían ser considerados en el cálculo de su participación de mercado. Continúa manifestando que una completa apreciación de los hechos de la causa permite establecer que no poseía una alta participación de mercado en relación a ISRACOM, por tanto ni siquiera habría sido necesario analizar la existencia de barreras de entrada para determinar si su representada detentaba o no poder de mercado.

Ahora bien, en lo que dice relación con la existencia de barreras de entrada al mercado, señala que el sentenciador comete su primer error en la definición de un mercado relevante especialmente estrecho, que casi llega al extremo de identificarse con el contenido de la patente de invención de OSS Internacional. En efecto, dado que el mercado definido por el sentenciador sólo incluye a dos competidores y a un único servicio -cuyo método de implementación está protegido por la patente de OSS Internacional y que es utilizado por el demandante-, expresa que resulta relativamente obvio que todo reclamo sobre un producto o servicio alcanzado por la patente de invención podrá considerarse como un intento por obtener una posición de dominio o, más aún, monopolio. En este sentido, afirma que todo derecho de propiedad industrial es un "monopolio legal" y, sin embargo, estos derechos de propiedad industrial no son asimilables a los "monopolios económicos" -como se dispone en la sentencia- toda vez que generalmente los objetos de las patentes de invención o de los derechos de propiedad industrial compiten y son sustituidos por diferentes productos y servicios en el mercado.

El segundo error del sentenciador es asumir que OSS Chile se arrogó una exclusividad sobre el negocio del servicio de marcación abreviada, en circunstancias que lo que realmente hizo fue reclamar que quien proveía un

idéntico servicio lo hacía a través de un método que él había patentado en diversos países del mundo y que era objeto de un proceso de patentamiento en Chile.

Por otro lado, el recurrente expresa que cuando la sentencia impugnada establece la gravedad de la comunicación entre OSS Chile y la operadora de telefonía móvil Claro Chile -por cuanto podría haber impedido a ISRACOM entrar al mercado- y cuando afirma la intención de obtener un monopolio por parte de OSS Chile, olvida que ésta se limitó a defender su derecho de propiedad industrial, en un contexto en el que todo indicaba que estaba frente a una abierta y flagrante infracción de sus derechos, certeza que todavía tiene y que motivó la interposición de la respectiva demanda de infracción a la Ley de Propiedad Industrial.

Séptimo: Que en el siguiente acápite impugna la imposición de la multa, esgrimiendo que aquella ha sido aplicada de forma absolutamente desproporcionada si se considera el tamaño del negocio, los flujos y capacidad financiera de OSS Chile. Por otro lado, agrega que las circunstancias de haber obrado de buena fe y no tener la calidad de reincidente debieron ser consideradas por el sentenciador como el hecho que no se le puede atribuir haber obtenido beneficio económico derivado de las conductas. Asimismo, se debe considerar que obró en ejercicio de un derecho o al menos con el pleno

convencimiento de ser titular del mismo y, en consecuencia, correspondía la exención de responsabilidad o la atenuación de la misma, todo según lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Código Penal.

Finalmente manifiesta que, dado lo expuesto a lo largo del recurso, aparece improcedente la condena en costas puesto que actuó de buena fe, por lo que no sólo parece injustificado e injusto que haya sido acogida la demanda sino que además haya sido condenada en costas, como si su argumentación hubiera carecido incluso de plausibilidad.

Octavo: Que para resolver el arbitrio resulta útil consignar lo que dispone el artículo 3º del Decreto Ley N° 211: *"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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran

poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

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".

Noveno: Que es importante destacar que las prácticas de competencia desleal son sancionables en sede de libre competencia cuando el agente -que es un partícipe del mercado- busca lograr, mantener o incrementar una posición de dominio. Ello se debe a que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, se aspira a mantener un orden en que la libertad económica se presenta como un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación. En efecto, si bien la competencia implica que los operadores económicos realicen esfuerzos por conseguir un posicionamiento dentro del

mercado que le permita aumentar su margen de utilidades, en ocasiones este objetivo pretende lograrse a través de prácticas abusivas, cuestión que en diversas legislaciones no está permitida pues ellas no sólo dañan los intereses particulares de los competidores, sino que redundan en una distorsión de la competencia.

En el caso concreto la actora imputa a la demandada, OSS Chile, haber incurrido en prácticas de competencia desleal que han tenido por objeto alcanzar o mantener una posición de dominio. Es por ello que -tal como lo realizó el tribunal- primero se debe determinar si la demandada ha incurrido en una práctica de competencia desleal, para luego establecer si ésta ha tenido por objeto incrementar o mantener una posición de dominio.

Décimo: Que en doctrina se ha reconocido la dificultad para encontrar una definición de competencia desleal; sin embargo, se está de acuerdo en que ella responde a una conducta reprochable contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional. Estas prácticas de competencia desleal admiten diversas clasificaciones, entre las cuales destaca la de Roubier, que establece cuatro grupos: "1) Actos de confusión: por los cuales los competidores buscan confundir a los consumidores sobre los productos, servicios o el establecimiento de otro competidor mediante la confusión, el engaño y la imitación desleal de las prestaciones; 2) los actos de denigración:

por los cuales se busca desprestigiar los productos, servicios o el establecimiento de un competidor mediante la denigración y la publicidad comparativa; 3) los actos de desorganización interna del competidor: por los cuales se pretende la desarticulación de la empresa del competidor y su eliminación del mercado mediante la violación de secretos, la supresión de signos distintivos, la supresión de su publicidad y la inducción a la violación contractual; y 4) los actos de desorganización general del mercado: por los cuales se pretende la obtención de provechos desleales fruto del desorden al que se condena al mercado, mediante la venta a pérdida y la violación de normas". (Roubier, citado por Sebastián García Menéndez, *Competencia Desleal*, Editorial LexisNexis, página 76).

En nuestra legislación la Ley N° 20.169 regula la competencia desleal, la que en su artículo 3° dispone: "*En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*". Agrega el artículo 4° una enumeración no taxativa de actos de competencia desleal, contemplando en su letra c): "*Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también*

ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva". Como se observa, la hipótesis general de competencia desleal se consagra en el artículo 3º, en circunstancias que el artículo 4º sólo ejemplifica casos concretos de competencia desleal. Por lo tanto, cualquier conducta que cumpla con los requisitos establecidos en el mencionado artículo 3º es susceptible de ser calificada como competencia desleal, aun cuando no se encuentre ejemplificada en el artículo 4º del cuerpo normativo citado.

Undécimo: Que asentado lo anterior, se debe consignar que un análisis general del recurso permite avizorar que el reclamante plantea en todos sus capítulos una disconformidad con la apreciación de los distintos medios probatorios que han sido acompañados en autos, tanto por su representada como por la demandante. En este aspecto, resulta útil recordar que el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211 prescribe: "*El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica*". Se ha dicho que aquella compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados, y que corresponden a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Conforme a este sistema el análisis y ponderación de la prueba debe ser

efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción como aquella que es descartada. Este sistema obliga a que los sentenciadores dejen explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas. Esta explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigida al examen de las partes y ciudadanos en general, como al control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, en el que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Este sistema de apreciación de la prueba debe ser considerado al momento de examinar de forma particular cada uno de los capítulos del arbitrio en estudio.

Duodécimo: Que en el primer capítulo se atribuye al sentenciador haber alterado la carga de la prueba, porque entiende el reclamante que la actora no rindió prueba en aquellos puntos que le permiten acudir a esta sede, esto es, en materia de mercado relevante, la posición de dominio

y los presuntos efectos anticompetitivos de las conductas imputadas.

Al respecto cabe consignar que la transgresión denunciada no es efectiva, puesto que la demandante sí rindió prueba que está relacionada con la determinación del mercado relevante, consistente en prueba documental que ha sido expresamente analizada por el sentenciador en el considerando sexagésimo primero del fallo impugnado, esto es, copia certificada ante notario de la página web de OSS Chile, en la que la demandada destaca que el servicio de marcación abreviada tiene una ventaja como solución de marketing respecto de otras alternativas, como puede ser un número 600 u 800. Este documento es contrastado con la prueba de OSS Chile, la que es analizada en el considerando sexagésimo segundo de la sentencia reclamada. Es en virtud del análisis de estos antecedentes, conforme a las reglas de la sana crítica, que el sentenciador determina el mercado relevante en el caso de autos. Tampoco es cierto que la actora no acreditara la posición de dominio, pues ha sido la propia demandada quien al contestar entrega datos específicos relacionados con sus ventas, sin que controvirtiera el número de clientes que afirmó tener la actora. Es por ello que una vez determinado el mercado relevante, en el cual actúan como agentes sólo las dos empresas que litigan en este juicio, la construcción de la participación y la determinación de una eventual posición

de dominio salta a la vista. Con todo, se debe recalcar que no es la posición de dominio la que provoca la sanción en sede de libre competencia, sino que las actuaciones que han sido desarrolladas por la demandada, las que pretenden excluir a la única competidora dentro del mercado y que, en consecuencia, buscaban dejarla en una situación monopólica. Ahora bien, en lo que dice relación con los efectos anticompetitivos, luego de establecidas las conductas de competencia desleal con miras a incrementar una posición de dominio, ellos quedan en evidencia pues justamente son parte del desarrollo de la conducta y la razón por la que aquellas se prohíben en sede de libre competencia.

Se observa así que no es efectivo que, en los aspectos que particulariza el arbitrio, se haya invertido la carga de la prueba. Tampoco es posible observar aquello en el resto de las materias que han sido abordadas por el sentenciador, puesto que éste analiza la prueba documental, testimonial y pericial rendida por la actora para determinar que sí se incurrió en prácticas constitutivas de competencia desleal. En este aspecto es importante consignar que la demandada no negó el envío de las misivas a los actuales o potenciales clientes de la demandante y a las empresas de telecomunicaciones. Por el contrario justifica su emisión aduciendo que ellas contenían información verídica, de modo que es ella quien ha debido comprobar aquello, cuestión que no realizó.

Lo expuesto permite descartar que el sentenciador haya condenado a la demandada sin contar con prueba para hacerlo, pues -como se señaló- la demandante rindió prueba relacionada con su pretensión.

Décimo tercero: Que en lo que dice relación con el segundo acápite del recurso, se debe señalar que el recurrente realiza ingentes esfuerzos por demostrar que el análisis de las comunicaciones realizado por el sentenciador no es correcto y que, en consecuencia, no se puede señalar que el envío de aquellas sea constitutivo de competencia desleal. Al respecto, se debe precisar que el sentenciador realiza un examen de las expresiones vertidas en las comunicaciones para determinar si lo informado por OSS Chile -a las empresas de comunicaciones y clientes actuales o potenciales de ISRACOM- era verídico, porque ha sido la demandada quien alegó que tal información tenía tal carácter.

En esta materia se debe señalar que existe una razón que permite descartar las alegaciones de la recurrente, puesto que ella reiteradamente ha sostenido que el envío de las comunicaciones en el año 2010 sólo tuvo por objeto la defensa de su patente, la que protegía el método para la prestación de servicio de marcación abreviada que era replicado por la actora, lo que en la especie es inadmisibles, pues aceptarlo implicaría admitir una especie de autotutela que está proscrita dentro de nuestro

ordenamiento jurídico. En efecto, tal como lo señalan los jueces del grado, si OSS Chile estimaba que la actuación de ISRACOM vulneraba su solicitud de patente, debió interponer las acciones contempladas en la Ley N° 19.039 para la protección de aquellas o iniciar las acciones penales que estimara pertinentes, para que fuera un tribunal de la República quien estableciera si efectivamente el método desarrollado por la actora infringía su patente, toda vez que ello no puede ser determinado por la reclamante y comunicado al resto de los partícipes del mercado ya que implica una intromisión en las relaciones comerciales de su única competidora, que no es tolerada por la ley.

Es por lo expuesto que, más allá del sentido que se le pueda dar a las expresiones "demanda", "competidora informal", "conductas predatorias", lo realmente relevante es que a través de esas comunicaciones se atribuía a ISRACOM estar vulnerando la patente de invención de OSS Internacional y a su vez se atribuía la demandada la exclusividad de la prestación del servicio de marcación abreviada, cuestiones que no pudieron ser establecidas unilateralmente por ella.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe consignar además que esta Corte comparte lo expuesto por el sentenciador respecto que a la fecha del envío de las comunicaciones, la demandada no tenía la certeza que ISRACOM replicara el método protegido por la Patente N° 47.856, existiendo

antecedentes suficientes que permiten descartar aquello, pues tal como lo consigna el peritaje rendido en autos la patente de la reclamante protege el método de la prestación de servicio de marcación abreviada en cuanto este contempla una unidad física -software y hardware- a través del cual se presta el mismo, sin que en la labor ejecutada por la demandante se emplee tal unidad de comunicación, pues su método sólo observa el uso de recurso humano. En esta materia la reclamante incurre en una evidente contradicción al señalar que no ha pretendido patentar un modelo de negocio, esto es, una idea puramente inmaterial y a la vez sostener que la patente cubre el método de la marcación abreviada en cuanto a los pasos que se siguen para prestar el servicio, pues ello es una cuestión inmaterial, una metodología no susceptible de ser patentada a través de la Ley N° 19.039 por impedirlo el artículo 37 letra c) del mismo cuerpo normativo, siendo claro que lo patentado es la unidad de comunicación que forma parte del proceso de prestación del servicio de marcación abreviada.

Décimo cuarto: Que en lo que respecta al tercer acápite del recurso, en el que se atribuye al sentenciador un error al imputar a su representada el ánimo de desacreditar y desviar clientela, se debe consignar que ello fluye no sólo del análisis temporal realizado por la sentencia impugnada, sino que además del contexto del envío de las comunicaciones. En efecto, estas son enviadas a

clientes actuales o potenciales de ISRACOM, en el marco del ofrecimiento del servicio de marcación abreviada por parte de OSS Chile. En el caso específico de Corpbanca y Banco de Chile -cliente de ISRACOM- se envían como una respuesta ante la negativa de una ejecutiva de contratar con la demandada. En el caso de BancoEstado, se envía en pleno proceso de comparación de cotizaciones. Es claro que el objeto era que estas empresas decidieran contratar con OSS Chile, y para lograrlo se señala que ella es la única empresa que puede prestar el servicio. Esto corresponde a una desviación de clientela, pues de haber sido completamente efectivas las comunicaciones habrían determinado que estos clientes se abstuvieran de contratar o terminaran sus relaciones comerciales con ISRACOM y contrataran con la única empresa que se auto atribuía la prestación exclusiva del servicio. Este objetivo no lo logró, ya que, salvo en el caso del BancoEstado, sólo se retrasó por un tiempo el proceso de negociación pues las empresas encargaron informes a estudios jurídicos externos que descartaron la pretendida exclusividad que se atribuía OSS Chile. Idéntico propósito se evidencia al enviar las comunicaciones a las empresas de telefonía celular, pues el servicio de marcación abreviada sólo se puede brindar si se cuenta con contratos con todas las empresas de telefonía. Así bastaba que una de ellas atendiera lo señalado por OSS

Chile para que ISRACOM se viera en la imposibilidad absoluta de prestar el servicio.

Por otro lado, la sola imputación de ser ISRACOM una empresa informal manifiesta el ánimo de desacreditarla, pues como se señaló tal afirmación no tenía asidero, sin que el contexto esgrimido por el reclamante -relación de el Sr. Mitnik con la demandante, utilización de su publicidad, intento de oponerse de Lea Zubermañ a la concesión de la patente- pueda cambiar tal conclusión, pues al contrario de lo sostenido por la demandada ello sí fue analizado por el sentenciador, quien acertadamente concluye que eso no autorizaba a la demandada a interferir las relaciones comerciales de la actora.

Décimo quinto: Que en lo que dice relación a la incorrecta determinación del mercado relevante se debe consignar que éste debe ser establecido para posicionar el análisis de la autoridad, puesto que el mismo revelará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la prestación del servicio -producto- que posibilitará determinar si una empresa goza de una posición de dominio o si los actos ejecutados permitirán que alcance tal posición.

Se ha señalado con anterioridad que existen distintos aspectos que corresponde considerar a la hora de precisar el mercado relevante, los que están relacionados con la

naturaleza del negocio, porción geográfica, como otros más específicos, por lo que resulta importante hacerlo caso a caso.

En el caso específico la recurrente esgrime que la demandante no habría rendido prueba idónea para determinar el mercado relevante que invoca, siendo improcedente que el sentenciador acudiera a razones de lógica y experiencia para determinarlo. En esta materia se debe reiterar lo señalado en el considerando duodécimo precedente, puesto que no es efectivo que la actora no rindiera prueba respecto del mercado relevante. En efecto, aquélla afirmó que el mercado del producto estaba constituido por el referido a la venta de servicio de marcación abreviada *4 dígitos. Por el contrario, la demandada señaló que el mercado relevante era más amplio, pues el servicio de marcación abreviada, al ser una herramienta de marketing, presentaba varios sustitutos, entre los que se cuentan los números 600 y 800, las campañas de grabación de números, las páginas web y los IVR, puesto que todos ellos buscan dar al cliente una expedita forma de comunicación con la empresa, provocando la fidelización del mismo. Ambas partes rindieron prueba para acreditar sus aseveraciones, la que es expuesta y examinada por el sentenciador quien la analiza de acuerdo al sistema de ponderación de la prueba que rige en la materia, esto es la sana crítica. Es en razón de ello que acude a las reglas de la lógica y de la

experiencia para determinarlo, cuestión que no le está vedada sino que expresamente permitida por el legislador pues ambas son reglas integrantes de dicho sistema probatorio. El sentenciador en su actividad de ponderación de la prueba no sólo puede sino que debe recurrir a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados.

Por otro lado se debe recalcar que no puede en caso alguno el sentenciador abstenerse de determinar el mercado relevante, pues en sede de libre competencia el establecimiento del mismo es imprescindible, ya que en definitiva es dentro de él donde se deben analizar todos los antecedentes acompañados. Es así como la determinación del mercado relevante realizada por el sentenciador es correcta, pues efectivamente los números 600 y 800 no aparecen como un sustituto de los números *4 dígitos, por la sencilla razón de que estos no presentan la característica esencial con la cual la propia demandada promueve este producto, esto es, la fácil recordación. En lo relativo al resto de las herramientas de marketing esgrimidas por la demandada, ellas según la propia reclamante son más lejanas, siendo evidente que no presentan las eficiencias de los números de marcación abreviada; pueden poseer otras, pero ello no las convierte en sustitutos de aquél.

Décimo sexto: Que en el quinto capítulo la recurrente esgrime que el sentenciador incurre en errores al determinar que ella ostenta una posición de dominio. En este punto nuevamente la principal argumentación se relaciona con la errada determinación del mercado relevante cuestión que como se analizó en el considerando precedente fue descartada. Pues bien, en este aspecto resulta imperioso señalar que no es efectivo lo aseverado por la recurrente respecto a que el mercado del producto coincida con su derecho de propiedad industrial y, por lo tanto, no es cierto que se esté en presencia de un monopolio legal pues como se ha señalado anteriormente la Patente de invención N° 47.856 no impide que otros actores ingresen al mercado y presten el servicio de la marcación abreviada siempre que no contemplen, dentro del método para la prestación del servicio, la unidad técnica de comunicación que se encuentra protegida con la referida patente.

Es un hecho incuestionable que en el mercado relevante del producto, esto es, la comercialización de números de marcación abreviada *4 dígitos -cuyo mercado geográfico corresponde a todo el país- sólo existen dos operadores, quienes se reparten el mercado. Resulta innecesario analizar si los cinco casos de ventas a un cliente que es una empresa relacionada con la reclamante -que han sido considerados por el sentenciador como parte de la participación de aquella en el mercado- pueden ser

consideradas para dichos efectos, por cuanto existe un hecho incuestionable, esto es, que la reclamante ha realizado actuaciones de competencia desleal que tenían por finalidad dejarla en una situación de monopolio. Este aspecto se puede inferir incluso del análisis de la reclamación, por cuanto en el libelo la demandada insiste en que su patente de invención le permite sólo a ella prestar el servicio de marcación abreviada, cuestión que queda en evidencia al manifestar que la determinación del mercado relevante establecido por el sentenciador se identifica con el contenido de su patente de invención. La reclamante realizó ingentes esfuerzos por demostrar que no se arrogó exclusividad del servicio; sin embargo, éstos se ven derrumbados por cuanto al mismo tiempo afirma que sus actuaciones sólo pretendieron proteger su patente.

Décimo séptimo: Que finalmente la reclamante impugna la imposición de la multa de 30 U.T.A., por cuanto la considera desproporcionada en relación al tamaño del negocio, a la circunstancia de haber obrado de buena fe, no ser reincidente ni haber obtenido beneficios económicos.

El artículo 26, en su letra c), del Decreto Ley N° 211 establece la posibilidad de sancionar con multa a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales a quienes incurran en las conductas descritas en la letra c) del artículo 3° del mismo cuerpo normativo. Para la determinación de su cuantía el

mencionado artículo 26 preceptúa que se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

En el caso concreto, es un hecho reconocido por la sentencia que la reclamante no es reincidente en conductas de esta especie. Tampoco se trata de una empresa que haya obtenido un beneficio económico, puesto que no se ha acreditado en autos. Por el contrario, fluye de los antecedentes que las comunicaciones enviadas por OSS Chile a los clientes de la demandante no significaron que las relaciones comerciales entre ellas finalizaran, pues éstas sólo se suspendieron durante el plazo en que las distintas empresas requirieron y obtuvieron un informe que descartaba la infracción a la patente de invención por parte de ISRACOM. Tampoco surtieron efectos las mencionadas comunicaciones en relación con las compañías de telefonía móvil por cuanto estas continuaron ligadas comercialmente con la demandante. Ahora, en lo que dice relación con el caso de BancoEstado, quien era un potencial cliente de ISRACOM y que finalmente durante el proceso de cotización de presupuestos decidió contratar con OSS Chile, se debe consignar que no existe en el proceso ningún antecedente

que permita establecer de manera fehaciente que la comunicación enviada por esta última empresa fue decisiva para que BancoEstado adoptará la decisión de no contratar con la actora; por lo tanto, la cantidad obtenida por la venta de servicio de marcación abreviada de parte de la reclamante no puede ser considerada como un beneficio económico.

Por otro lado, la ley no es taxativa en cuanto a las circunstancias que se deben tener en consideración para determinar la cuantía de la multa, por lo que se pueden atender otros aspectos no establecidos en ella, como lo es la envergadura económica de las empresas que litigan, existiendo en autos antecedentes que dan cuenta de que se trata de dos empresas de menor tamaño que se encuentran explotando un mercado incipiente, cuestión que se encuentra reafirmada por los balances comerciales acompañados.

En consecuencia, esta Corte considera procedente acoger la reclamación en cuanto a través de ella se busca rebajar el monto de la multa aplicada, la cual será fijada en la suma que se consignará en lo resolutivo de esta decisión.

Finalmente, en lo que dice relación con la condena en costas, la reclamación debe ser rechazada puesto que la demandada ha sido completamente vencida al haberse establecido que ella sí incurrió en actos de competencia desleal que tenían por objeto aumentar su poder de mercado

ordenándosele abstenerse en lo consecutivo de realizar actos de tal naturaleza.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 1º, 2º, 3º, 20 y 27 del Decreto Ley N° 211, **se acoge parcialmente** el recurso de reclamación interpuesto a fojas 2368, en representación de la demandada, contra la sentencia N° 130/2013 de veinticuatro de julio de dos mil trece, escrita a fojas 2328, **sólo en cuanto se declara que se rebaja la multa** impuesta a One Smart Star Number Chile S.A. a la suma de 15 U.T.A., **y se lo rechaza en los demás.**

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N°6264-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y los Abogados Integrantes Sr. Arnaldo Gorziglia B. y Sr. Emilio Pfeffer U. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Fuentes por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Gorziglia por estar ausente. Santiago, 07 de enero de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

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