

Santiago, ocho de abril de dos mil cuatro.

VISTOS:

I.- A fs. 157 Smartcom S.A., en adelante también **Smartcom**, presenta una denuncia en contra de BellSouth Comunicaciones S.A. o **BellSouth** y la empresa Global Connection Ltda., también **Global Connection**, por dos conductas ejecutadas por ellas, que, a su juicio, constituyen actos de competencia desleal:

- a) Generación artificial de llamadas desde celulares Smartcom a celulares BellSouth por intermedio de distribuidores de ésta última para generar cargos de acceso;
- b) Retiro del mercado, vía permuta de celulares Smartcom a cambio de celulares BellSouth, conducta que ha sido desarrollada por las dos empresas denunciadas.

En relación a la primera de las conductas Smartcom señala que las empresas de telefonía móvil deben pagar determinadas cantidades de dinero por el servicio de interconexión cuando una llamada se inicia en su propia red y termina en red ajena, y que constituye parte importante de los ingresos de las compañías de telefonía, siendo el resultado del libre y espontáneo tráfico de sus suscriptores. Señala que los pagos recíprocos de cargos de acceso entre las diferentes compañías operan mediante compensaciones, resultando en algunos casos créditos y débitos recíprocos, los que son cobrados y pagados periódicamente.

Añade que BellSouth mediante la generación artificial de llamadas a números de su red telefónica, se auto generó cargos de acceso, los que debía pagarle Smartcom.

Señala que desde 160 teléfonos celulares Smartcom, pertenecientes a dos clientes contratantes del Plan Empresa y que estarían vinculados a distribuidores BellSouth, se generaban extensas llamadas que terminaban en la red BellSouth, obteniéndose por cada

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

minuto transcurrido de esta supuesta comunicación un cargo de acceso a favor de esta última, de \$ 131 en horario normal y \$ 92 en horario reducido.

Añade que durante los meses de octubre y noviembre de 2001, se generaron por concepto de cargos de acceso a favor de BellSouth y en contra de Smartcom, la suma de \$792.081.324. Que en el mes de octubre de 2001 BellSouth pretendió cobrar a Smartcom \$389.906.716 y en noviembre, la suma de \$402.174. 608, considerando que en los meses previos al inicio de las conductas, es decir, entre Enero y Agosto de 2001, ascendió aproximadamente a \$ 230.000.000

Adicionalmente, el alto tráfico de llamadas generadas provocó una congestión con la red durante los meses de octubre y noviembre de 2001, lo que implicó que el servicio disminuyera su calidad.

Que BellSouth habría reconocido tácitamente esta conducta al no cobrar la totalidad de las llamadas y cargos de acceso.

La segunda conducta denunciada, señala, se verifica de dos formas:

- a) Conducta realizada directamente por BellSouth en sus oficinas, dado que clientes Smartcom han recibido llamadas telefónicas de personas que se han presentado como ejecutivos de BellSouth y les ofrecen permutar su equipo Smartcom por uno BellSouth precargado con \$ 30.000 gratis en llamadas.
- b) Conducta realizada a través de Global Connection que es igual a la descrita anteriormente y de este modo se han retirado del mercado aproximadamente 4.000 teléfonos.

Solicita tener por interpuesta la denuncia, instruir la investigación correspondiente, imponiendo las medidas y sanciones que correspondan.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

2.- A fs. 167, previo a resolver, la Comisión solicita informe a las compañías denunciadas. Asimismo, solicitó un informe sobre la materia a la Fiscalía Nacional Económica.

3.- A fs. 174 Global Connection informa que BellSouth la ha contratado para la prestación de algunos servicios tendientes a colocar en el mercado teléfonos de prepago conectados a la red BellSouth. Añade que además se trata de aparatos celulares refaccionados, conectados a la red BellSouth, a los cuales de manera promocional y como una forma de maximizar el tiempo de permanencia en manos del nuevo usuario, se les cargan mensualmente por un período determinado, pequeñas cantidades de minutos iguales y sucesivos, y que no sólo intercambia equipos Smartcom sino también equipos conectados a la red de otras compañías móviles.

4.- A fs. 266 BellSouth evacúa informe e indica: en relación a la supuesta generación artificial de llamadas señala que en agosto de 2001, dos distribuidores de BellSouth contrataron a Smartcom un plan de servicio telefónico móvil que se les ofreció y que se convino con ellos compensarles el costo en que incurrieran por las llamadas realizadas.

Que, previo a describir en forma más pormenorizada los hechos que acontecieron en virtud del uso dado a estos planes contratados con Smartcom, BellSouth sostiene que la situación que aquí se produce se denomina “arbitraje” y que se ha desarrollado como consecuencia de la aplicación de precios predatorios por la denunciante Smartcom. Que el análisis de los hechos permiten comprender como la ineficiencia de los precios predatorios de Smartcom genera esta oportunidad de arbitrar.

Respecto del supuesto retiro del mercado, vía permuta de celulares Smartcom a cambio de celulares BellSouth, señala que con el objeto de captar nuevos clientes del servicio de telefonía móvil de prepago, ha llevado a cabo una promoción denominada “Pasando y Pasando” que consiste en que se ofrece un teléfono BellSouth refaccionado de prepago, sin costo inicial para el cliente, a cambio de que el cliente entregue el móvil de su propiedad. Señala que esta promoción se ha llevado a cabo en forma discreta, mediante ofertas directas a personas que tienen teléfonos de prepago, a través de Global Connection, vía operadora, y

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

no considera la conducta planteada como desleal dado que ha sido elegida libremente por los clientes. Solicita en definitiva rechazar la denuncia.

Con todo, en la misma presentación, BellSouth interpone una contradenuncia dirigida a Smartcom, por cuanto ha realizado una conducta contraria a la libre competencia mediante una campaña de publicidad comparativa engañosa a través de la televisión y prensa, que induce a error ya que hace creer al consumidor que en ninguno de sus planes cobra recargo adicional al llamar a otros móviles y eso es falso, ya que en gran número de planes comercializados por Smartcom se cobra un recargo adicional. Que resulta entonces que esta conducta engañosa constituye una acción que afecta artificialmente el comportamiento del mercado, toda vez que determina una reacción de los consumidores basada en el engaño.

5.- A fs. 295 esta Comisión solicita a la Fiscalía Nacional Económica complementar el informe solicitado, a fin de incluir la contradenuncia interpuesta por BellSouth. A su vez, confiere traslado por 5 días a Smartcom de la nueva denuncia interpuesta.

6.- A fs. 309 Smartcom contesta y señala que las compañías Telefónica Móvil, BellSouth y Entel PCS crearon el denominado cargo adicional a móviles (CAM), el que se traduce en un cargo adicional de \$30 por minuto de cada llamada si es dirigida a un teléfono móvil, el que se aplica tanto a las llamadas realizadas con los minutos incluidos en el plan, como a los extras o adicionales y Smartcom no cobra este cargo adicional. Que su acción constituye un acto lícito de destacar legítimamente una diferencia objetiva respecto de sus competidores. Solicita finalmente rechazar la denuncia.

7.-A fs. 325 se presenta por las partes denunciantes un escrito de desistimiento respecto de ambas denunciadas investigadas, y a fojas 327 se remitió copia del mismo a la Fiscalía Nacional Económica para su conocimiento.

8.- A fs. 335 bis consta el expediente de la Comisión Preventiva Central acumulado a esta causa en virtud de la resolución de fs. 332 vta., y que corresponde a una consulta que

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

efectuara BellSouth Comunicaciones S.A. dando cuenta que Smartcom S.A. está vendiendo en el mercado por el precio de \$ 59.900 un producto consistente en un teléfono celular PCS para ser utilizado en la modalidad prepago, con una carga inicial de llamadas hasta por un valor total de \$ 50.000 a razón de \$ 90 por minuto en horario económico. Que el costo de adquisición del teléfono sería de \$9.900 en circunstancias que el costo en fábrica del mismo producto sería de \$136.200 (FOB).

BellSouth en dicha presentación solicita que, dadas las características de la oferta de su competidor, se emita un pronunciamiento respecto de si sería contrario al Decreto Ley N° 211, la compra del referido producto de Smartcom por parte de BellSouth, con el propósito de revender los teléfonos y hacer uso de las llamadas que éstos permitan para llamar a teléfonos BellSouth.

9.- A fs. 336 rola el informe de la Fiscalía Nacional Económica, el cual se pronunció sobre las tres materias investigadas en autos, la denuncia de Smartcom S.A., la contradenuncia de BellSouth Comunicaciones S.A. y la consulta de esta última ante la Comisión Preventiva Central, acumulada, el cual señala:

a) Que en relación a la consulta de BellSouth ante la Comisión Preventiva Central indica que cualquier persona en su calidad de legítimo dueño de un teléfono celular puede vender su equipo esperando obtener ganancias por esta operación y que eso no constituiría un atentado a la libre competencia. En relación al aspecto de la consulta que se refiere a la posibilidad de que BellSouth utilice las llamadas para comunicarse con sus propios teléfonos y obtener ingresos por los cargos de acceso, la ganancia que la compañía obtenga por dicho concepto debe ser fruto del tráfico realizado libremente por los usuarios y no por llamadas hechas sin ningún sentido de racionalidad económica por las empresas a su propia red. La irracionalidad implícita de la obtención de ganancias por cargos de acceso atenta en contra de la eficiencia económica y en el largo plazo podría crear un círculo vicioso en el cual los perjudicados serían los consumidores, por lo que el planteamiento de BellSouth no resulta adecuado para el desarrollo eficiente y sanamente competitivo del mercado.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

b) En relación a la denuncia de Smartcom en contra de BellSouth y Global Connection, en el caso que los denunciados llamen a celulares BellSouth durante horas, en que lo único que podría escucharse era música transmitida en forma continua, constituye un elemento distorsionador del mercado de la telefonía móvil, por cuanto dichas llamadas no se hicieron en forma libre y espontánea, sino con el objeto de generar ingresos por cargos de acceso y obstaculizar la competencia, por medio del deterioro en la calidad del servicio de Smartcom, provocando la congestión de la antena de propiedad de Smartcom ubicada en Las Condes, e indica que si bien la compra o permuta de los celulares de Smartcom por sus legítimos dueños no es reprochable, sí lo es la generación artificial de cargos de acceso por parte de los distribuidores de BellSouth.

c) En lo que corresponde a la denuncia por publicidad comparativa engañosa en contra de Smartcom, señala que su publicidad no cumple con los requisitos de destacar la calidad, eficiencia y otras ventajas de un bien o servicio, toda vez que, si bien es cierto la carga adicional a que se refiere BellSouth en su denuncia corresponde a los minutos extras o adicionales, es decir, aquellos excedidos del plan, también incluye las llamadas a otros celulares que no sean de Smartcom pues estos planes no solo contemplan la cantidad de minutos de que se dispone, sino además el destino de esas llamadas.

En consecuencia, el informe concluye:

- 1) Que la estrategia comercial sobre cuya legitimidad consultó BellSouth a la Comisión Preventiva Central, no solo constituye un acto de competencia desleal sino, además, tiende a afectar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, produciendo un perjuicio a los consumidores ya que las tarifas como los aparatos verían incrementados sus precios;
- 2) Que si bien la conducta consistente en comprar o permuta de teléfonos celulares Smartcom no es reprochable desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211, si sería aquella conducta oportunista cuyo único objeto sea retirar del mercado los teléfonos móviles de la competencia.

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

3) Que aún cuando Smartcom haya cesado la publicidad cuestionada por BellSouth, se previene que su publicidad futura debe ser veraz, objetiva y demostrable.

10.- A fs. 367 esta Comisión resuelve investigar de oficio las conductas objetadas en el informe de la Fiscalía Nacional Económica y confiere traslado a las partes.

11.- Smartcom S.A. a fs. 371 evacúa el traslado y señala que el informe de la Fiscalía Nacional Económica, no indica la razones de porqué la publicidad cuestionada no cumpliría con los requisitos de ser veraz, objetiva y demostrable; y resulta en este punto confuso ya que además no señala cuál sería la inexactitud o al menos la confusión que pudiera ser objetada.

Añade que la publicidad se ha limitado a destacar una diferencia verdadera, objetiva y comprobable.

12.- A fs. 375 BellSouth Comunicaciones S.A. evacúa el traslado e indica que ha actuado en forma lícita y ajustada a derecho al permutar celulares Smartcom por los de su compañía ya que se ha privilegiado la libertad de elección que tienen los consumidores para determinar sus preferencias.

Que, además, el propio Fiscal Nacional Económico ha reconocido la licitud de su actuar, reprochando, únicamente, ciertas intenciones, que por lo demás no son ciertas. Señala que jamás ha realizado llamadas artificiales desde celulares Smartcom hacia su propia red y hace referencia al desestimiento presentado respecto de las denuncias por ambas empresas investigadas y en el cual se consignaría de que BellSouth no ha participado en las conductas que el Fiscal ahora objeta.

Solicita tener por evacuado el traslado y declarar que no ha desarrollado conductas contrarias a la libre competencia.

13 .- Con fecha 24 de marzo de 2004 tuvo lugar la vista de la causa alegando el abogado de una las partes y quedando los autos en estado de fallo.

REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que son tres las materias que han sido investigadas en estos autos y respecto de las cuales la Fiscalía Nacional Económica ha emitido informe.

En primer lugar, la consulta de BellSouth ante la Comisión Preventiva Central por medio de la cual pide un pronunciamiento, o más bien una autorización, para adquirir un producto y contratar el servicio de su competidora Smartcom - el cual es calificado como un producto vendido bajo costo - a fin de realizar llamadas desde los teléfonos adquiridos para comunicarse con aparatos de BellSouth y obtener de esta forma ingresos por los cargos de acceso que se generarían en su favor; o, incluso, con el fin de revender los aparatos. Sostiene BellSouth, que tiene la convicción de que la adquisición de este producto para hacer uso de él, de acuerdo a sus potencialidades con que libremente su vendedor lo ha dotado (teléfono de prepago con un precio de venta de \$59.900.- y con \$50.000 en minutos de llamadas), sería una operación legítima de mercado.

En segundo término, la posterior denuncia de Smartcom ante esta Comisión, en contra de BellSouth y Global Connection, basada en dos conductas realizadas en forma directa o indirecta, a través de terceros, por su competidora BellSouth, a saber, la generación artificial de llamadas desde celulares Smartcom a celulares BellSouth, para generar a su vez cargos de acceso en su favor (materia vinculada a la anterior consulta descrita y que BellSouth califica como un conducta de "arbitraje" en sus defensas presentadas). Y segundo, el retiro del mercado, vía permuta, de celulares de prepago Smartcom a cambio de celulares BellSouth.

Y, por último, una contradenuncia interpuesta por BellSouth en contra de Smartcom por publicidad comparativa engañosa, al publicitar en sus servicios el no cobro del denominado CAM o "cobro por acceso a móviles", en comparación con sus competidores;

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

SEGUNDO: Que las dos últimas denuncias interpuestas no fueron investigadas de oficio en su inicio, resolviéndose en forma previa a darles curso, que tanto las empresas denunciadas como la Fiscalía Nacional Económica debían informar al respecto. La consulta inicial de BellSouth también fue materia de informe por la Fiscalía;

TERCERO: Que previo a que se evacuara el informe por la Fiscalía Nacional Económica, las partes involucradas presentaron, con fecha 20 de enero de 2003, un desistimiento conjunto expresando, en resumen, que ambas partes consideraban que el actuar de la contraria se había ajustado a derecho y que no vulneraba las normas de defensa de la competencia. Asimismo, dan cuenta de las contraprestaciones que realizaron respecto de los aparatos telefónicos “permutados” y las deudas existentes entre ambas, para llegar a ese acuerdo;

CUARTO: Que luego de emitido el informe por la Fiscalía Nacional Económica, esta Comisión resolvió investigar de oficio únicamente las materias que el Fiscal objetaba en dicho informe, no obstante el desistimiento presentado por las partes;

QUINTO: Que, como se puede ver, en estos autos la Comisión no accedió a dar curso a las denuncias y solamente, luego de recibido el informe de la Fiscalía Nacional Económica, abrió un investigación sobre algunas conductas objetadas por el Fiscal, dando traslado a las empresas involucradas;

SEXTO: Que lo anterior revela que el Tribunal, desde un primer momento, tuvo reparos respecto de la procedencia de las denuncias incoadas, obrando con cautela frente a acciones que buscaban obtener la aplicación de sanciones por parte de los organismos de defensa de la competencia, e, incluso, la adopción de medidas cautelares de prohibición de ciertos conductas por agentes del mercado;

SÉPTIMO: Que, luego de analizados los antecedentes reunidos durante el proceso, el caso en cuestión es sólo producto del ejercicio de acciones judiciales entre empresas

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

competidoras, que no tienen el más mínimo atisbo de plausibilidad para ser conocidas y resueltas en esta sede.

En efecto, si bien los hechos fueron revestidos de circunstancias que podrían preliminarmente haberles otorgado algún grado de verisimilitud más bien menor en cuanto a sus efectos sobre la competencia, a la larga, queda demostrado que los hechos denunciados corresponden a acciones y prácticas comerciales entre empresas competidoras, en el contexto de un mercado en extremo competitivo como lo es el de la telefonía móvil. Para llegar a esta conclusión, es particularmente determinante el acuerdo al cual llegaron ambas empresas respecto de las denuncias, para luego seguir compitiendo entre sí;

OCTAVO: Que si algo puede sustraerse de esta investigación, es que la cautela manifestada por este Tribunal en el inicio del proceso, obedeció al necesario análisis que debe aplicarse en estos asuntos, para distinguir y separar, caso a caso, las acciones que constituyen conductas esperadas entre empresas competidoras, y demostrativas de rivalidad en un mercado determinado, respecto de aquellas que efectivamente son constitutivas de abusos o de deslealtad competitiva de una empresa, o que son el resultado de acciones ilícitas concertadas entre dos o más competidores;

NOVENO: Que, además, se puede concluir que no es posible asimilar a una conducta anticompetitiva o restrictiva de la competencia, cualquier conducta agresiva o fuera de lo común, entre los agentes de un mercado en competencia, correspondiendo siempre entonces hacer un análisis de los efectos de dichas acciones en el mercado;

DECIMO: Que, en mérito de lo expuesto, las aprensiones que ha manifestado la Fiscalía Nacional Económica en su informe, en opinión de esta Comisión, no han podido comprobarse en estos autos, por lo que no se aplicarán medidas ni se sancionarán los hechos investigados;

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 3° del Decreto Ley N° 211 y Primero Transitorio de la Ley N° 19.911, esta Comisión **resuelve**:

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

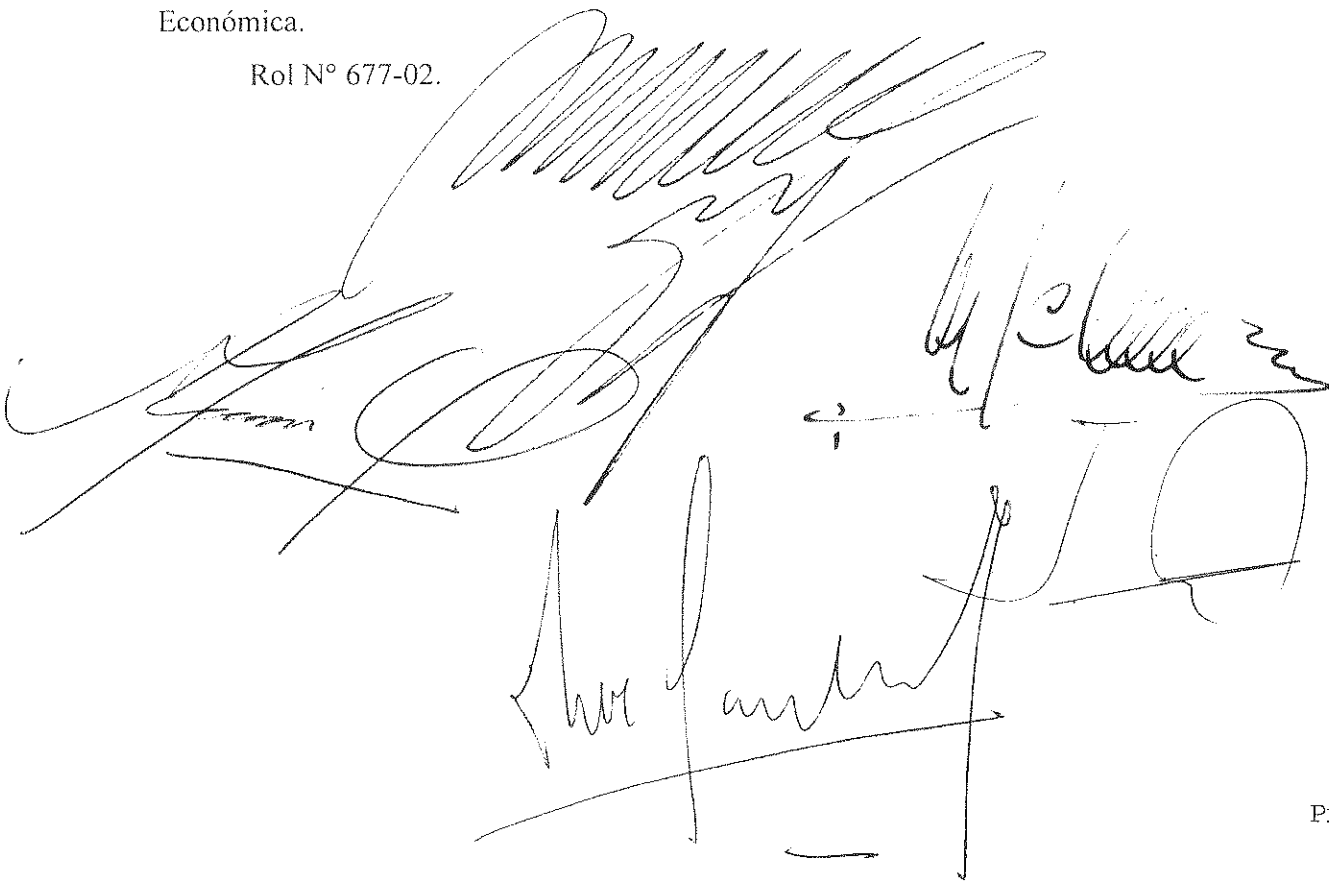
Que se absuelve a las empresas Smartcom S.A., BellSouth Comunicaciones S.A. y Global Connection Ltda., por no haberse acreditado hechos o conductas que infrinjan las normas del Decreto Ley N° 211.

Sin perjuicio de lo resuelto, **se llama la atención severamente** a las empresas denunciadas Smartcom S.A. y BellSouth Comunicaciones S.A., por el comportamiento demostrado en este proceso de haber interpuesto denuncias cruzadas, del tenor descrito en los motivos precedentes, y solicitar a los organismos de defensa de la competencia la investigación de los hechos, para luego desistirse de las mismas y celebrar acuerdos recíprocos favorables a sus intereses particulares.

El Presidente Ministro Sr. Kokisch, atendido el mérito de los antecedentes, estuvo por no hacer ningún llamado de atención.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad. Comuníquese a la Fiscalía Nacional Económica.

Rol N° 677-02.



Pronun//

**REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA**

//ciada por don Domingo Kokisch Mourgues, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; don Oscar Landerretche Gacitúa, Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la Producción; don Alejandro Ferreiro Yazigi, Superintendente de Valores y Seguros; don Miguel Schweitzer Walters, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae; y don Francisco Labbé Opazo, Decano de la Facultad de Ciencia Económicas y Administrativas de la Universidad Andrés Bello.



JAI ME BARAHONA URZUA
Secretario Abogado
COMISION RESOLUTIVA