

Santiago, ocho de abril de dos mil nueve.

Vistos:

A fojas 6 GPS Chile SA deduce demanda en contra de ENTEL PCS S.A. por actos atentatorios en contra de la libre competencia. Expresa que su parte introdujo en el país un sistema de posicionamiento de flotas de vehículos que permite a los usuarios el seguimiento en el tiempo real de sus vehículos, servicio que opera mediante la instalación de un equipo de posicionamiento satelital que transmite datos como posicionamiento, velocidad, etcétera, en intervalos de tiempo o distancia a través de redes de datos hacia servidores que cuentan con un software para su análisis por el usuario. Añade que la demandada también presta este servicio adicional en forma directa y no a través de una sociedad filial. Refiere que durante el año 2005 y los primeros meses de 2006, los precios ofrecidos por las distintas empresas que participan en este negocio eran bastante competitivos, tanto en la modalidad de venta como de arriendo de equipos, sin embargo en mayo de 2006, ENTEL habría iniciado una escalada de precios a la baja, tanto en la venta como en el arriendo a precios inferiores a los costos, a fin de apoderarse del mercado nacional y destruir la libre competencia, haciendo abuso de su enorme posición financiera, incurriendo en la conducta del artículo 3 letra c) del DL 211 e infringiendo el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones que prohíbe cualquier discriminación o alteración de la debida competencia entre proveedores de servicios complementarios.

Por lo anterior solicitó que se acoja la demanda y se declare que el servicio o sistema de posicionamiento de vehículos que presta ENTEL PCS infringe las normas de libre competencia; que se suspenda la participación de ENTEL en el mercado de sistemas de servicios de posicionamiento de vehículos, que se ordene que ENTEL para operar en el sistema lo debe hacer a través de una empresa filial o coligada, constituida bajo la modalidad de una sociedad anónima abierta; que aplique a ENTEL las multas que estime conveniente en razón de los actos o conductas descritos en la presente demanda y atentatorias a la libre competencia, con costas.

A fojas 61, ENTEL PCS contesta la demanda y solicita el rechazo de la misma por cuanto sostiene que inició el servicio de posicionamiento de flotas en el año 2002 en colaboración con Tastests Systems quien provee la plataforma tecnológica, que su parte adquiere los equipos, transmite los datos a través de su

red móvil y se encarga de la comercialización, afirma que ha implementado desarrollos tecnológicos que han reducido costos de plataforma tecnológica y uso de la red móvil. Explica que el mercado relevante para este caso es el de servicios de administración y gestión de flotas de vehículos y no solo el de venta de los equipos que los facilitan. Señala que es un mercado competitivo, desconcentrado, con penetración significativamente baja, desafiante y que no presenta barreras a la entrada. Expone que el dumping predatorio del que se le acusa no tiene racionalidad económica ni asidero práctico pues para ser creíble requeriría que con posterioridad a la eliminación de la competencia, operaran barreras de entrada, lo que no ocurre e indica que otros operadores de redes móviles como Movistar, Claro y Nextel son los candidatos naturales para ingresar a este mercado. Sostiene que en mercados donde priman las tecnologías, cualquier intento predatorio sólo estimula inversiones para introducir nuevos desarrollos, dado que esta clase de industrias son altamente desafiantes, por lo que aún si una estrategia de exclusión de competidores fuese aparentemente exitosa, éstos pueden reingresar al mercado rápidamente y de manera poco onerosa, al recuperarse el nivel de precios.

Niega tener una posición dominante en el mercado de los servicios de posicionamiento de flotas y que su estrategia de crecimiento busca incentivar la incorporación de nuevos clientes con descuentos o subsidios en el precio de los terminales, sin que por ello se incurra en prácticas predatorias respecto del servicio mismo. Considera que esto es una estrategia legítima de apertura y desarrollo de mercados inmaduros, citando como ejemplo el caso de la telefonía móvil y que la competencia se da por aumentar los volúmenes de venta y reducir el impacto de los costos fijos.

Hace presente que los costos de importación de equipos decrecen rápidamente a causa de la evolución tecnológica, lo que permite ofrecer precios también decrecientes a los consumidores, mientras que la ausencia de ventas atadas con servicios de telefonía móvil y de discriminaciones en tarifas del servicio de datos, hacen que la acusación de subsidios cruzados carezca de todo sentido. Dice que las economías de escala y de ámbito explican en gran medida la mayor eficiencia de ENTEL.

Niega haber prestado el servicio bajo los costos relevantes y expone que incluso existen otras dos empresas con precios similares o inferiores a los de ENTEL.

Agrega que logra descuentos en la compra de equipos en los mercados internacionales con costos menores, por una ventaja legítima (cual es la compra de un importante volumen o sobre-stock de proveedores) que han sido traspasadas a nuevos clientes. Así dice contar con un stock de terminales GPS por adquisiciones que estaban destinadas a una importante licitación que finalmente no ganó. Sustenta que hay una competencia efectiva y movilidad de clientes así en licitaciones de clientes importantes, ha perdido frente a otros competidores y que además la competencia se produce también por la calidad del servicio y valor agregado.

Afirma que la propiedad de la red no genera ventajas tecnológicas ya que otras empresas pueden implementar una segmentación de clientes según las características de sus plataformas de software.

Respecto de la separación de estructuras que la demandante pretende, ello se contrapone con el fenómeno de convergencia tecnológica que permite alcanzar significativos niveles de eficiencia en beneficio de los consumidores. Una separación de estructuras de la industria supondría que cada uno de los diversos servicios que pueden ofrecerse utilizando una misma plataforma, debieran prestarse separadamente, lo que encarecería los costos de su prestación e implicaría un alza en los precios de los consumidores. Por el contrario las empresas de telecomunicaciones establecidas en el país se benefician de esta estructura integrada, incluso aquellas que tienen una posición dominante en uno o más servicios. Dice que medidas como estas sólo han sido ordenadas en casos extremos y en mercados con características esencialmente distintas.

Finalmente aduce que la conducta de su parte no infringe las normas sobre competencia, por el contrario las estimula, así sus competidores han reducido sus precios incluso ganando algunas licitaciones en las que ENTEL ha participado. Hace presente que dentro de los límites del derecho de la competencia se considera la expansión de la oferta y la reducción de los precios y no la defensa de los competidores.

A fojas 119 se agregó el informe solicitado a la Fiscalía Nacional Económica el cual analiza el mercado relevante y lo circunscribe al servicio de posicionamiento GPS destinado a la localización automática de vehículos a nivel nacional, que comprende la localización del móvil, la transmisión de datos hacia una estación base y una plataforma de análisis de datos. Refiere que el mercado

no presenta barreras de entradas significativas, pero a pesar de ello no presenta todas las características de un mercado desafiante.

En cuanto a las conductas objeto de la demanda argumenta que en base a la información de costos aportada por ENTEL pudo determinar que no existe separación de costos entre servicios GPS y otras líneas de servicios de la demandada, que mantiene una estructura administrativa y de ventas compartida con otras líneas de negocios, que el margen por venta de equipos bajó significativamente, siendo casi nulo en el año 2006, mientras que ha duplicado la cantidad de equipos activos y el costo asignado del plan de datos GPRS bajó aproximadamente en un 50%. Además el total de ingresos del servicio ha aumentado ligeramente, si bien disminuyó el margen bruto de operación y el margen por equipo.

Respecto de las demás empresas competidoras, la Fiscalía observa que ENTEL presenta el mayor margen de operación, que el costo del plan de datos GPRS es en promedio 25 veces superior para estas empresas que el costo de transferencia imputado por ENTEL para el mismo plan y que los gastos de administración y ventas de esta empresa alcanzan solo el 30 % del de sus competidoras.

Se concluye que la racionalidad económica de predación podría darse por incentivos en dar una señal a posibles entrantes, o en fortalecer la posición global de la empresa en el mercado de las telecomunicaciones. También indica que no es posible descartar otras conductas anticompetitivas exclusorias, como subsidios cruzados, estrangulamiento de márgenes o restricciones al acceso de sus competidores a un insumo esencial mediante el cargo por uso de la red. En ese sentido si se asume que el precio de transferencia de ENTEL a su negocio de posicionamiento debe ser el de mercado el precio a p Se concluye que la racionalidad económica de predación podría darse por incentivos en dar una señal a posibles entrantes, o en fortalecer la posición global de la empresa en el mercado de las telecomunicaciones. También indica que no es posible descartar otras conductas anticompetitivas exclusorias, como subsidios cruzados, estrangulamiento de márgenes o restricciones al acceso de sus competidores a un insumo esencial mediante el cargo por uso de la red. En ese sentido si se asume que el precio de transferencia de ENTEL a su negocio de posicionamiento debe ser el de mercado el precio a público quedaría bajo los costos y sería predatorio.

Finalmente afirma que no es claro que la integración vertical con las operadoras móviles sea más eficiente que un mercado especializado y si se estima que la plataforma de telefonía móvil constituye un insumo esencial para este y otros servicios de telecomunicaciones, estima conveniente que se prevenga a ENTEL para que aplique un tratamiento financiero que permita identificar adecuadamente los costos correspondientes y permita determinar la existencia de predación en precios.

A fojas 614 se dictó sentencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la cual se afirma que para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de dos requisitos copulativos: a.- que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas a corto plazo y b.- que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, durante un período tal que le haya permitido desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por los cambios en los volúmenes de oferta, o en la calidad del servicio ofrecido, relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria.

Por lo tanto, expone que lo primero que debe determinarse es si ENTEL contaba con un poder de mercado en el período en que supuestamente habría desarrollado su política de precios predatorios. Analiza diversos antecedentes y concluye que ENTEL no podía haber contado en la época debatida con un poder de mercado en la provisión del servicio o que le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo que enfrentaría de aplicar una política de precios predatorios por lo que la acusación debe ser desestimada.

No obstante lo anterior analiza si ENTEL ofreció los servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos. El tribunal estima que en aquellos mercados donde no existen empresas que presenten una posición dominante, es lícito que cualquier empresa venda o arriende equipos a un precio bajo incluso por debajo de su costo de adquisición, pudiendo posteriormente recuperar la diferencia mediante la oferta conjunta y competitiva de esos equipos y el servicio prestado con ellos. A este respecto el informe de la Fiscalía muestra que la rentabilidad anual del negocio de ENTEL analizado como un todo, esto es considerando la

provisión conjunta de equipos y los servicios si bien disminuyó entre 2005 y 2006 siempre ha sido positiva. En consecuencia no existe en autos evidencia que acredite la existencia de una estrategia de precios predatorios por parte de la demandada, por lo que en consecuencia rechaza la acusación de precios predatorios.

En segundo término analiza la acusación de desarrollar una política de estrangulamiento de márgenes en el mercado lo que se vería posibilitado por cuanto ENTEL presta adicionalmente y de manera integrada el servicio de transmisión de datos, insumo esencial para proporcionar el servicio.

El tribunal estima que ello no puede sustentarse por cuanto para que sea posible ENTEL debería tener la capacidad de fijar el precio en el mercado de transmisión de datos por sobre el nivel de competencia, lo anterior no resulta creíble por cuanto Movistar actualmente compite con ENTEL en el referido mercado y porque también existe la posibilidad que en un plazo relativamente breve tanto Claro como otras empresas que actualmente prestan servicios de transmisión de datos puedan ingresar al mercado.

En cuanto a la supuesta diferencia entre el precio de transferencia que ENTEL imputa a sus planes de datos en su propia estructura de costos y el precio del servicio de transmisión de datos que enfrentan las otras empresas que prestan el servicio, el tribunal estima que tal como se argumenta en el informe económico acompañado a fojas 369 por la demandada y no objetado pro la contraria, podría encontrarse justificada en un diferencial de costos relevantes, dado que podría explicarse por los gastos de administración y ventas asociados a la comercialización a terceros, costos en los cuales ENTEL obviamente no debe incurrir cuando utiliza su propia infraestructura.

Así estima que no hay pruebas que demuestren el estrangulamiento de márgenes denunciado.

En cuanto a la acusación de haber incumplido el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones que prohíbe ejecutar actos que impliquen discriminación o alteración a una sana y debida competencia en la prestación y comercialización de servicios complementarios dado que ENTEL prestaría el servicio adicional de posicionamiento en forma directa y no a través de una filial, lo que le permitiría mantener una política de subsidios cruzados mediante la cual

traspasaría recursos desde el negocio de telefonía celular donde obtendría utilidades al negocio del servicio de posicionamiento, donde incurriría en pérdidas; el tribunal sostiene que primero no se ha demostrado que ENTEL haya incurrido en pérdidas en el negocio del servicio de posicionamiento; en segundo lugar, la Fiscalía en su informe dijo que no puede descartarse a priori una política de subsidios cruzados porque ENTEL no tiene una contabilidad claramente diferenciada, sin embargo estima que la acusación no se ha probado.

Por todo lo anterior se rechaza la demanda impetrada.

A fojas 633 la actora deduce reclamación contra la sentencia del tribunal.

Aduce que la sentencia incurre en diversos errores; primero al aseverar que para incurrir en una conducta de prácticas predatorias, se requiere tener una posición dominante que ENTEL no tiene. Sin embargo ello contraviene lo dictaminado por esta Corte Suprema en una sentencia recaída en los autos 3449-2006 de 29 de noviembre de ese año en la que luego de reproducir el artículo 3 letra c del DL 211 sostuvo que de ella se infiere que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla. Dice que lo sustentado por la Corte es lógico ya que de lo contrario no tendría sentido la redacción del artículo 3 letra c) en cuanto que la práctica predatoria tenga por objeto alcanzar una posición dominante.

En cuanto al segundo requisito de haber ofertado los bienes por debajo de los costos evitables de proveerlos durante un tiempo para desplazar a sus competidores, esta exigencia contemplada en la sentencia no es ni ha sido jamás requisito de una conducta predatoria, por cuanto la conducta se sanciona sea que el infractor haya logrado o no desplazar a los competidores, es decir es constitutivo de práctica predatoria todo hecho o acto realizado con ese fin.

En cuanto a la aseveración de la sentencia que no hay barreras de entrada para ingresar al negocio de prestación de servicios y ello estaría demostrado por el reciente ingreso exitoso al mercado de la empresa Point Pay Chile Limitada, aduce que ello es erróneo por cuanto según se acreditó en autos dicha empresa presta un servicio denominado Sistema Nacional de Control Horario SINACH y no es una empresa que presta servicios AVL. Luego este ingreso exitoso no es tal ya que obedece exclusivamente a la existencia de una normativa legal que obliga a las

empresas mencionadas en una resolución de la Dirección del Trabajo a contar con dicho sistema.

Respecto del otro fundamento para decir que no hay barrera de entrada como es la declaración de un testigo de la demandada Jorge Quiroz, quien a fojas 522 dio cuenta de la entrada de un fondo de capital de riesgo a la empresa Wise Track competidora de Entel y GPS en el mercado relevante con el fin de impulsar un ambicioso plan de crecimiento, refiere que es solo una afirmación de un testigo que no puede ser suficiente para estimar que no hay barreras de entrada.

Se indica además que el fallo también afirma que la demandada no ofrecía el servicio por debajo de los costos evitables de proveerlos y que la rentabilidad anual de su negocio AVL durante los años 2005 y 2006 si bien disminuyó fue siempre positiva. Al respecto refiere que su parte durante el probatorio probó que durante el período cuestionado vendió y arrendó equipos GPS por debajo de los costos de adquisición. Ello no fue ponderado por el tribunal. Y en cuanto a la rentabilidad positiva, hace presente que la Fiscalía sugirió ciertas medidas para mejor resolver para aclarar el punto las que no se decretaron.

Otro error de la sentencia es sostener que en el caso de autos no cabe hablar de estrangulamiento de márgenes por cuanto la demandante no habría aportado antecedentes que así lo demuestren como tampoco se desprendería del informe de la Fiscalía ni del informe de Roberto Gurovich. Al respecto cita el informe de la Fiscalía que si bien no afirma en forma categórica la existencia de prácticas predatorias basadas en subsidios cruzados o en una estrategia de estrangulamiento de márgenes, no descarta esa posibilidad en lo más mínimo basándose para ello en la información incompleta que deliberadamente le proporcionó la demandada a esa fiscalía al responder las consultas que le formuló en relación a la distribución de costos. Por ello también sugirió una medida para mejor resolver la que no se decretó.

Así el informe señala que las empresas salvo Entel tienen similar costo por el plan GRPS. El costo del plan de las competidoras de ENTEL es alrededor de 25 veces el costo de transferencia que imputó ENTEL a la estructura de costos remitida a la fiscalía. Luego, el simple hecho que un mismo producto como lo es el servicio de transmisión de datos en la red GRPS se esté entregando a un grupo de consumidores a un precio distinto sin que exista justificación racional para ello, constituye una práctica predatoria basada en subsidio cruzado o estrangulamiento

de márgenes. Por ello su parte sugirió que el servicio se debe prestar a por una filial o coligada de manera de evitar los subsidios cruzados o cualquier transferencia de costos que es lo que ocurre en este caso.

Por lo anterior solicita que se acoja la reclamación y se declare que ENTEL ha incurrido en prácticas predatorias, que para operar en el sistema debe hacerlo a través de una empresa filial o coligada constituida bajo la modalidad de una sociedad anónima abierta y que se le condene al pago de las multas que correspondan.

A fojas 650 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la sentencia n° 78/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que ha sido objeto de reclamación en estos autos, rechazó la demanda impetrada por GPS Chile Sociedad Anónima contra ENTEL PCS Telecomunicaciones Sociedad Anónima de incurrir en prácticas predatorias sancionadas en el artículo 3 letra c) del Decreto Ley n°211 de 1973;

Segundo: Que la reclamación interpuesta por la actora se fundamenta en diversos errores que a su juicio cometieron los sentenciadores, como son el exigir para la configuración de la conducta predatoria que quien incurre en ella cuente con un poder de mercado, es decir, que tenga en él una posición dominante y que se hayan ofertado los bienes o servicios por debajo de los costos durante un período que haya permitido desplazar a sus competidores, en circunstancias que la legislación que regula la materia no requiere que se ostente una posición dominante, por cuanto la conducta reprochada puede tener por finalidad precisamente alcanzar esa posición y tampoco se exige que se haya logrado el objetivo de desplazar a los competidores, en tanto la conducta es igualmente censurable aún cuando no logre ese fin. De otra parte se critica que se haya afirmado que no existen barreras de entrada al negocio de prestación de servicios AVL, por cuanto los fundamentos que da la sentencia no son efectivos, como tampoco lo sería el afirmar que la rentabilidad del negocio de ENTEL siempre ha sido positiva y que no se ha incurrido en estrangulamiento de márgenes; ello, si se tiene en consideración que el Tribunal no decretó las medidas para mejor resolver que sugirió la Fiscalía Nacional Económica que hubiesen esclarecido este tema y que su parte expresamente reiteró;

Tercero: Que el artículo 3 del Decreto Ley n°211 de 1973 señala:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impidan, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

De esta disposición resulta claro, tal como ha sostenido esta Corte con anterioridad, que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla, como tampoco se precisa que se haya logrado desplazar a los competidores en el mercado, como quiera que la norma no lo estipula;

Cuarto: Que; sin embargo, conviene recordar que lo reprochable para el legislador es la ejecución de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, de modo que necesario resulta demostrar primero que ENTEL ha incurrido en la conducta que se le imputa y que según la actora consistió en que a partir de mayo de 2006, inició prácticas predatorias mediante una escalada de precios a la baja o guerra de precios, tanto en venta como en arriendo de equipos, rebajando sus precios en más de un 50 %, es decir a valores inferiores a sus costos con el objeto de alcanzar una posición dominante y lograr en el mediano plazo la salida de uno o más de sus competidores;

Quinto: Que la sentencia impugnada estimó que no hay en autos evidencia que acredite la existencia de una estrategia de precios predatorios, citando para ello el informe de la Fiscalía Nacional Económica que muestra que la rentabilidad anual del negocio de AVL de ENTEL PCS, analizado como un todo, si bien disminuyó entre los años 2005 y 2006, siempre ha sido positiva;

Sexto: Que en su oportunidad el Tribunal fijó como punto de prueba según puede leerse a fojas 175 en lo pertinente n°2 “Efectividad de que ENTEL PCS

comercialice equipos y provea servicios de posicionamiento de flotas de vehículos a precios inferiores a sus costos relevantes. Época, circunstancias y justificación económica”. De lo anterior resulta inconcuso que sobre la demandante recaía la obligación de acreditar la concurrencia del punto a probar. Para ello rindió prueba documental y testimonial, constituida la primera básicamente en diversas cotizaciones que ENTEL dirigió a empresas en donde aparece que el costo de los equipos decae durante el año 2006, situación que es ratificada por los testigos que presentó, como también acompaña gráficos e información sobre las importaciones y exportaciones de Chile durante los años 2003, 2004, 2005 y 2006 y un “Informe sobre el Mercado de Servicios de Posicionamiento Global de Vehículos” elaborado por Gurovich y Asociados S.A. suscrito por su Director Ejecutivo Roberto Gurovich Rosenberg que concluye que ENTEL PCS oferta los equipos a valores significativamente menores a los usuales ya sea en modalidad de venta, arriendo o ambas y que en algunos casos y producto de los descuentos ofertados, estos valores se encuentran significativamente bajo el costo de los equipos. Sin embargo ENTEL también rindió prueba sobre el mismo punto, acompañando dos informes uno titulado “El mercado de los servicios de AVL y las imputaciones de conductas reñidas con la libre competencia” elaborado por el economista Jorge Quiroz y el “Informe de los auditores independientes sobre los procedimientos acordados aplicados a la distribución y asignación de ingresos y costos asociados al servicio GPS” elaborado por Ernst & Young Ltda., que descartan la existencia de precios predatorios. De esta manera ante prueba contradictoria y no habiéndose desvirtuado lo sostenido en el informe de la Fiscalía Nacional Económica, esto es, que durante el período cuestionado, ENTEL siempre tuvo rentabilidad positiva, la conclusión a que se arribó en la sentencia reclamada, acerca de la falta de evidencia de la existencia de precios predatorios aparece correcta y acorde al mérito del proceso. En efecto, y apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no resulta lógico estimar que se ofrecieran equipos y servicios a precios inferiores a los costos y no obstante ello la rentabilidad fuese positiva;

Séptimo: Que lo anterior no se desvirtúa con la crítica que se formula en la reclamación en el sentido que el tribunal no decretó las medidas para mejor resolver que sugirió la Fiscalía Nacional Económica, primero por cuanto tales medidas son privativas del tribunal, y enseguida, porque la actora tuvo la posibilidad de rendir y solicitar las pruebas que estimó oportunas para acreditar sus asertos durante el probatorio que es la oportunidad que tienen las partes para demostrar sus aseveraciones;

Octavo: Que de esta manera al no haberse acreditado por la actora que ENTEL PCS haya incurrido en la conducta que describió, ese sólo hecho bastaba para rechazar la demanda y hacía inoficioso analizar eventuales impedimentos, restricciones o entorpecimientos a la libre competencia o una tendencia a lograrlos;

Noveno: Que aún pasando por alto lo anterior, de los antecedentes reunidos no se advierte que la libre competencia en este mercado se haya visto alterada en perjuicio de alguno de los competidores, es más, la propia reclamante que reconoce a fojas 6 en octubre de 2006 una participación en el mercado del 22% frente a un 23% de ENTEL, aumenta su participación a fines de ese año, según lo informado a fojas 126 por la Fiscalía Nacional Económica a un 27% frente a un 20% de ENTEL. De igual modo la entrada de otro competidor como lo es la empresa Point Pay Chile, demuestra que el mercado no se ha visto afectado negativamente, ello aún cuando esta empresa esté destinada a desarrollar un Sistema Nacional de Control Horario para aquellas personas que laboran a bordo de vehículos destinados al transporte interurbano de pasajeros, por cuanto efectúa un monitoreo de los distintos móviles y pudo optar por contratar los servicios a alguna de las empresas del rubro, sin embargo decidió ingresar al mercado para auto proporcionarse el servicio en cuestión y no tuvo obstáculo para ello;

Décimo: Que también coadyuva a la conclusión arribada, la circunstancia asentada por la sentencia en estudio en su consideración duodécima y no impugnada por la reclamante en el sentido que el servicio analizado es heterogéneo, esto es que si bien se presta de manera similar por los diversos proveedores y requiere de unos mismos insumos, las características de los servicios específicos requeridos por los clientes determinan que cada uno de ellos en la práctica reciba un producto a la medida de sus necesidades, lo que explica que algunos elijan contratar el servicio de AVL con un determinado oferente a pesar de que éste cobre un precio mayor que el ofrecido por otro, como lo ha reconocido uno de los propios testigos de la actora a fojas 294. De lo anterior, puede concluirse que el factor precio no es del todo relevante a la hora de elegir al proveedor, lo que minimiza la influencia de éste en la competencia;

Undécimo: Que en cuanto a las acusaciones en torno a que ENTEL habría incurrido en conductas como estrangulamiento de precios y subsidios cruzados, ello no ha sido demostrado y respecto del reproche efectuado de no haberse

decretado las medidas para mejor resolver sugeridas por la Fiscalía Nacional Económica, cabe aquí las mismas consideraciones hechas precedentemente en el motivo séptimo de este fallo, sin perjuicio que la libre competencia no aparece afectada según se explicó en el considerando noveno y que tratándose del estrangulamiento de precios, la actora no podría verse menoscabada con dicha conducta al no contratar el servicio de transmisión de datos a ENTEL sino a Movistar;

Duodécimo: Que de la manera como se ha venido razonando, la sentencia impugnada se ajusta a derecho y al mérito del proceso, por lo que la reclamación en estudio no puede prosperar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 3, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se declara:

Que se rechaza el recurso de reclamación deducido en lo principal de fojas 633 contra la sentencia N° 78/2008 de cuatro de diciembre de dos mil ocho, escrita a fojas 614.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N°97-09

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y el Sr. Haroldo Brito Cruz. No firma el Ministro Sr. Carreño no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, 8 de abril de 2009.(Rol n°97-09)

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.