

Santiago, trece de octubre de dos mil nueve.

Vistos y teniendo presente:

I.- De la inadmisibilidad de la reclamación.

Primero: Que Telefónica Chile solicitó se declarara inadmisibile el recurso de reclamación deducido por Telmex Servicios Empresariales S.A., en razón de haberse deducido en forma extemporánea.

Segundo: Que, según explica la demandada la sentencia objeto del recurso se dictó y notificó el 30 de enero de 2009, de modo que la parte agraviada tenía a contar de esa fecha el plazo de diez días hábiles para reclamar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27º del Decreto Ley Nº 211, término que no se suspendería durante el feriado judicial. Así, el plazo para impugnar la decisión venció el 11 de febrero del año en curso, no obstante lo cual la reclamación se interpuso recién el 12 de marzo último.

Tercero: Que, en efecto, explica la articulista, tratándose de un plazo de días hábiles debe entenderse que se suspende durante los feriados, que son aquellos que la ley determina como tales. En este sentido el artículo 313º del Código Orgánico de Tribunales establece el denominado “feriado judicial”, pero atendido lo que dispone el artículo 318º del mismo cuerpo legal, este feriado no es aplicable al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Cuarto: Que, de otra parte ha de tenerse en consideración la actuación de ese tribunal en el sentido de comunicar al público que durante el mes de febrero, y hasta el 2 de marzo del año en curso, el órgano suspendía sus funciones, y que durante esas fechas no se computarían los plazos que se encontraren corriendo. Tal acuerdo no pudo producir el efecto de suspender los plazos legales que habían empezado a correr, por carecer el tribunal de facultades para disponer tal cosa.

Quinto: Que para rechazar esta cuestión previa basta considerar que el artículo 29º del referido Decreto Ley Nº 211 se remite expresamente al artículo 66º del Código de Procedimiento Civil, y por ende es aplicable a ese tribunal lo dispuesto por el artículo 313º del Código Orgánico de Tribunales. Por ello durante el feriado judicial deben entenderse suspendidos los plazos legales que habían comenzado a correr. En consecuencia, forzoso es concluir que la reclamación fue

deducida oportunamente, por lo que debe rechazarse esta petición de inadmisibilidad.

II.- De la reclamación deducida por Telmex.

Sexto: Que en “Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Cía. De Telecomunicaciones de Chile S.A.”, la parte demandante - Telmex dedujo reclamación en contra de la sentencia N° 83/2009, de treinta de enero de dos mil nueve, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que rechazó con costas la demanda interpuesta en contra de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. -Telefónica CTC-, por la que se atribuyó a ésta supuestos actos de competencia desleal consistentes en el eventual abuso sistemático de procedimientos administrativos y recursos judiciales con el fin de dejar sin efecto la adjudicación que obtuvo Telmex de una concesión nacional de servicio público telefónico local inalámbrico para la operación de la tecnología WiMax.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desestimó el libelo porque de los antecedentes allegados al proceso no pudo establecerse que las acciones intentadas por Telefónica CTC hayan tenido por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la entrada de Telmex al mercado; por el contrario, se estimó que Telefónica CTC tenía legítimo interés en adjudicarse la concesión nacional necesaria para la operación de WiMax, y que sostuvo argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó, los que en todo caso no tuvieron la virtud de suspender la referida concesión.

Séptimo: Que en primer lugar la reclamante sostiene que el fallo hizo un examen parcial de las actuaciones abusivas que fueran denunciadas, omitiendo ocuparse de algunas como es el reclamo deducido ante la Contraloría General de la República en el que Telefónica no señaló información relevante como lo era la existencia de un litigio pendiente sobre la misma materia (licitud del artículo 35° de las bases del concurso Wimax), esto es, una demandada de nulidad de derecho público. Además no se razonó respecto de todos los incidentes promovidos, de la apelación deducida en contra de la resolución administrativa que rechazó por improcedente la casación en la forma intentada por Telefónica.

Agrega el recurrente que el tribunal tampoco analizó el contexto en que se verificaron las actuaciones cuestionadas ni la circunstancia que el derecho a la acción se encontraba debidamente resguardado por la apelación contemplada en el artículo 13° A de la Ley General de Telecomunicaciones.

Octavo: Que el recurrente hizo presente que todo el despliegue de acciones, recursos, reclamos administrativos e incidentes no tenían el propósito de obtener el derecho reclamado, porque constituían un plan para postergar injustificadamente la entrada de Telmex al mercado, a resultas de lo cual se causó una demora de un año con el consecuente incremento de la participación de la demandada.

Noveno: Que señala, además, que el tribunal tampoco consideró una serie de antecedentes probatorios, entre estos:

- a) lo manifestado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en los diversos informes dirigidos a la Corte de Apelaciones, en el sentido que los derechos de Telefónica se encontraban suficientemente resguardados por lo que no se justificaba la interposición de un recurso no autorizado por la legislación sectorial (Ord. 37483, de 2006, a propósito de la casación en la forma deducida por ésta parte en contra de la resolución que rechazó una oposición en sede administrativa).
- b) lo expresado por la Procuradora Fiscal en el juicio sobre nulidad de derecho público: "...tras la fachada de todo este proceso causado por Telefónica CTC, lo que se requiere en verdad es impedir que Telmex -su competencia- pueda operar la concesión que le fuere legalmente asignada."
- c) lo indicado por el Consejo de Defensa del Estado en el recurso de hecho deducido en contra de la resolución del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que declaró inadmisibles las apelaciones interpuestas en contra de la resolución que declaró improcedente el recurso de casación en la forma por el cual se pretendía impugnar la decisión que rechazaba la oposición planteada en sede administrativa. Durante la tramitación del recurso de hecho, Telefónica promovió un incidente a fin de impedir que el Consejo de Defensa del Estado representara al Ministerio referido. Ante dicho artículo el Consejo alegó: "Sin perjuicio de señalar que la Compañía de Telecomunicaciones de Chile busca por todos los medios retrasar la resolución de VS. Iltma. sobre el asunto de fondo" (Rol N° 4726-06, escrito de 11 de julio de 2006). Hace presente la reclamante que en este mismo recurso Telefónica pidió la acumulación a la apelación deducida conforme lo dispuesto en el artículo 13° A de la Ley General de Telecomunicaciones, lo que era improcedente por tener tramitaciones distintas.

Décimo: Que, continúa la reclamante, el fallo tampoco consideró que todas las acciones y recursos deducidos de contrario fueron rechazados o declarados

improcedentes, o que dicha parte se desistió de ellos. Además, la sentencia omitió ponderar que Telefónica omitió deliberada y reiteradamente proporcionar a los tribunales antecedentes relevantes para la adecuada resolución de los asuntos en litigio, tales como que el derecho preferente de Telmex había sido reconocido mediante sentencia firme y ejecutoriada con fecha 14 de junio de 2005 por la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo incorporado en las bases del concurso Wimax en cumplimiento de dicha sentencia, demostrándose así mala fe al litigar a estos respectos.

Undécimo: Que también se echa de menos un pronunciamiento acerca de la evidente contradicción en que incurrió Telefónica al recurrir simultáneamente a los tribunales de justicia y a la Contraloría General de la República pidiendo la invalidación del artículo 35º de las bases del concurso Wimax, como antes se dijo, sin considerar que la ley orgánica del órgano contralor impide pronunciarse sobre un asunto litigioso o ya sometido al conocimiento de los tribunales de justicia.

Duodécimo: Que, en segundo lugar, la reclamante alega que la sentencia no consideró que el abuso denunciado consistió en la pluralidad de las actuaciones procesales distintas pero relacionadas dentro de uno o distintos procesos administrativos o judiciales, cuya única finalidad era postergar o dilatar la entrada al mercado de Telmex, objetivo que logró durante un año. Hace presente que lo alegado por la demanda consistió en esta demora, y no como sostiene el fallo el impedimento de entrar al mercado, distinción de suyo importante atendida la distinta "aptitud causal" de dichas acciones.

Decimotercero: Que, además aduce que el fallo no pudo atender al "legítimo interés" de Telefónica de adjudicarse la concesión para decidir acerca del carácter abusivo del proceder procesal de ésta, porque la conducta cuestionada tiene lugar después de verificada la adjudicación, por lo que es evidente que el interés aludido carecía de relevancia.

Decimocuarto: Que de otra parte, y siempre en el análisis de los argumentos por los cuales se desestimó su pretensión, la reclamante arguye que la sentencia calificó el mérito de las actuaciones reprochadas contradiciendo su propia jurisprudencia. En efecto, en el fallo N° 47/06 se indicó "...en el marco de esas acciones, respecto de cuyo mérito individual no corresponde pronunciarse a este tribunal...".

No obstante lo anterior en el presente caso calificó los argumentos de fondo expuestos por Telefónica para justificar su actividad procesal, y apreció su mérito

para concluir que esas alegaciones le parecían “al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó”.

Decimoquinto: Que, además, tal calificación es equivocada, porque como antes se dijera los derechos de Telefónica se encontraban suficientemente resguardados por el recurso que contempla el artículo 13º A de la Ley General de Telecomunicaciones, de lo que resulta que lo obrado es injustificado.

De otra parte, sus alegaciones tampoco resultan atendibles como quiera que el fondo de ellas se circunscribía reiteradamente al “derecho preferente” que las bases reconocieron a Telmex, materia zanjada a esas alturas ya que había sido reconocido por sentencia firme y ejecutoriada de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en un proceso en el que la demandada fue parte, derecho que por lo demás reconoció al aceptar las bases.

Por último, sostiene, no puede considerarse atendible o justificada la actuación de la demandada si como consta del proceso se desistió de la demanda de nulidad de derecho público. Menos puede entenderse que haya deducido un recurso improcedente ante el órgano contralor un mes después de haber interpuesto aquélla demanda en sede jurisdiccional, desconociendo -como se ha dicho- la prohibición expresa contenida en la ley orgánica del ente público.

Decimosexto: Que, reitera la reclamante, al contrario de lo sostenido en el fallo que las justifica, todas las acciones, recursos e incidentes formulados durante un año fueron rechazados o bien desistidos, lo que en su concepto demuestra inequívocamente que sólo perseguía retardar el otorgamiento de las concesiones adjudicadas y la entrada de nuevos competidores, aprovechando ese tiempo para fortalecer sus estrategias comerciales e incrementar su posición de dominio.

Decimoséptimo: Que, por último, se sostiene que el fallo omitió aplicar criterios doctrinales y jurisprudenciales para calificar la tantas veces referida actividad procesal, cuales son el de utilidad, esto es que no se advierta utilidad alguna para la empresa con posición de mercado distinta a la de impedir o postergar la entrada al mercado de un opositor para el caso de resultar vencedora al ejercer las acciones o recursos. Lo mismo ocurrió con el de falta de fundamento, por el cual se analiza el resultado objetivo de las acciones, recursos o incidentes, el que en la especie es manifiesto porque fueron desestimados, declarados improcedentes o desistidos. Se omitió observar el de multiplicidad de recursos, conforme al cual todas las actuaciones deben perseguir aparentemente un mismo resultado final. Finalmente destacó no haberse aplicado el de incompatibilidad de las vías

elegidas, por el cual se analiza si las acciones o recursos utilizados son compatibles entre sí.

Decimoctavo: Que, según sostiene la reclamante, de haberse aplicado los criterios antes reseñados se habría concluido que la actuación reprochada a la demandada es abusiva y, por ende, contraria a la libre competencia al constituir un ilícito de antimonopolio, porque sin justificación se desarrolló la referida actividad procesal con el fin de mantener, incrementar o alcanzar una posición dominante.

Decimonoveno: Que, la reclamante alega en tercer lugar que la sentencia omitió toda referencia o ponderación a la prueba relativa a la posición de mercado de la demandada, en circunstancias que era un aspecto relevante desde que todas las conductas cuestionadas debían ser apreciadas a la luz de esta por así exigirlo el tipo infraccional contenido en el artículo 3º, letra c), del Decreto Ley N° 211 que sanciona las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, y que constituían el fundamento de la demanda.

Vigésimo: Que, por último, alega que el fallo impone el pago de las costas a su parte por resultar totalmente vencida lo que también constituye un error porque se rechazó la excepción de prescripción opuesta por la demandada. Por lo demás, su parte tuvo fundamento plausible para litigar habida consideración que todos los recursos, acciones e incidentes -como antes se dijo- fueron rechazados o declarados inadmisibles, o bien fueron desistidos por la demandada.

Vigésimo primero: Que para resolver la reclamación, útil resulta consignar los hechos que se han establecido en la sentencia:

- a) Telefónica CTC interpuso dos acciones con el fin de dejar sin efecto la adjudicación de la concesión de servicio público telefónico local inalámbrico (...), a saber: i) el recurso de reclamación de oposición interpuesto en contra la Resolución Exenta N° 1548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que concedió a Telmex dicha concesión en atención al derecho preferente de que habría gozado; y, ii) la demanda de nulidad de derecho público interpuesta el 27 de diciembre de 2005 con el objeto que se declarase la nulidad del Oficio Ordinario N° 30.243 y la Resolución Exenta N° 696, ambos de la SUBTEL, que concedieron a Telmex el referido derecho preferente para adjudicarse la concesión;
- b) tanto el recurso de casación en la forma con apelación en subsidio, como todos y cada uno de los distintos recursos de reposición, apelación y de hecho

interpuestos por Telefónica CTC, fueron recursos presentados dentro del proceso de reclamación de oposición intentado por Telefónica CTC, con el objeto de dejar sin efecto la referida Resolución Exenta N° 1.548 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Vigésimo segundo: Que no obstante que no pueden sostenerse dudas en cuanto al desarrollo de la actividad denunciada, como ya lo ha concluido la sentencia reclamada no es posible entender que los hechos importen la infracción de competencia desleal prevista en el apartado c) del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, en la especie, y mediante el ejercicio abusivo de acciones judiciales, “creación de barreras artificiales” para impedir la entrada de la denunciante al mercado y mantener una posición dominante; motivo por el que se desestimará la reclamación de autos conforme se pasa a explicar.

Vigésimo tercero: Que a estos efectos es conveniente señalar que tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden como exigencias típicas de este ilícito que sean ejecutados actos de competencia desleal que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Además, que se ha aceptado que en el elemento “competencia desleal” tiene cabida el ejercicio abusivo de acciones judiciales, lo que se explica porque esta infracción dice relación con la falta de buena fe que debe exigirse a los agentes económicos.

La sentencia reclamada en su motivo décimo tercero concluyó que Telefónica CTC “tenía un legítimo interés en adjudicarse la concesión nacional” y “argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó”; esto es, dicho de otra manera, no aceptó la imputación de ejercicio abusivo del referido derecho de acción para mantener la posición dominante de la demandada.

Vigésimo cuarto: Que el último motivo de la reclamación de nulidad se hizo consistir en la falta de análisis de la situación de mercado de la demandada Telefónica CTC en que habría incurrido el Tribunal de la Libre Competencia. Atendido que la posición dominante en el mercado de uno de los actores es una exigencia típica primaria, es conveniente hacerse cargo desde ya de esta alegación. Si bien es cierto que de la simple lectura de los motivos noveno y siguientes queda de manifiesto que esta cuestión no fue tratada no lo es menos que no era necesario hacerlo, porque toda vez que no puede dudarse que la demandada ya estaba en el mercado de las telecomunicaciones en situación de privilegio, la resolución de la acción de autos sólo pende de la valoración de la

actividad procesal denunciada, esto es de la interrogante acerca del uso legítimo del derecho de acción.

Vigésimo quinto: Que, entonces, atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado de abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio-, sus extremos habrán de establecerse con criterios aceptados por éste tribunal. Se trata de la formación de un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta -esto es fácilmente predicable-, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable.

Tal es el concepto aplicado por la sentencia reclamada, la que concluyó que las actuaciones largamente reseñadas no importaban abuso del derecho de acción, lo que es compartido por esta Corte.

La postulación de Telefónica CTC en el proceso de adjudicación de la concesión de servicio público telefónico inalámbrico, puesta de manifiesto en el fundamento 13º del fallo que se revisa, claramente expresa el interés de esta empresa en participar en el mercado e importa un motivo que impide sostener que las actuaciones procesales posteriores no estuvieron impulsadas por la misma intención.

Por otra parte, a estos efectos también es muy significativo tener en consideración que el derecho preferente hecho valer por la reclamante Telmex - que consiste en que ante la igualdad de condiciones de dos oferentes la concesión ha de adjudicarse al titular de tal derecho- no fue aceptado por la Sub Secretaría de Telecomunicaciones sino por la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció de un recurso de protección. Esta circunstancia pone de manifiesto que en el proceso de concesión hubo cuestiones jurídicas especialmente trascendentes, que observadas en conjunto justifican el obrar de la denunciada.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que debe ser completado por el tribunal y que además ha de ser relacionado con actuaciones que constituyen el ejercicio del derecho de acción, no puede menos que esperarse que de manera particularmente rigurosa quede de manifiesto que la verdadera intención de las acciones que siguieron al proceso de concesión no era ya el acceso al mercado sino, únicamente, retardar de modo

injusto la entrada de Telmex. El tribunal, para resolver, debe calificar las intenciones reales de un obrar formalmente lícito “en la especie un obrar complejo durante un lapso de tiempo- que podría ser causante de daño, convicción que ante los antecedentes de autos no es posible adquirir en razón de la insuficiencia de estos, y de la posibilidad de encontrarse distintas justificaciones a los hechos denunciados.

Las de autos no son, entonces, actuaciones obstructivas del ejercicio de la concesión ya otorgada, sino del empleo de diversas posibilidades procesales que el ordenamiento otorga.

Vigésimo sexto: Que los fundamentos de la reclamación, en atención a lo que se viene razonando, son incapaces de alterar lo concluido. Se los hizo consistir en cuestiones de detalles tales como la incompleta explicación de los hechos relacionados con las acciones intentadas, la duplicidad e improcedencia de las mismas y de algunos recursos, y la reiteración de argumentos. Este conjunto de actuaciones, en el que destaca la interposición de un recurso de casación en el fondo en contra de la resolución administrativa que otorgó la concesión, no es demostrativo de lo afirmado en la demanda, porque mas allá de lo discutible de algunas de esas actuaciones no es posible sostener en este fallo una justificación aceptable en cuanto a que sólo se tuvo el propósito de retardar la entrada de Telmex para preservar una posición dominante a resultas de un servicio similar.

Vigésimo séptimo: Que al sancionarse en costas a la recurrente en circunstancias que su demanda fue íntegramente desechada no importa ilegalidad alguna.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 3º, 26º y 27º del Decreto Ley N°211, se declara:

I.- Se rechaza la petición de inadmisibilidad de lo principal de fojas 2735.

II.- Se rechaza la reclamación deducida a fojas 2691 contra de la sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de treinta de enero de dos mil nueve, que está escrita a fojas 2666.

Regístrese y devuélvanse con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Brito.

N° 1966-09.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sra. Sonia Araneda Briones, Sr. Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Sr. Arnaldo Gorziglia Balbi. No firma el Ministro Sr. Carreño y Abogado Integrante Sr. Gorziglia, no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar con feriado legal el primero y ausente el segundo. Santiago, 13 de octubre de 2009.