

Santiago, doce de enero de dos mil veintiséis.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

- a) Se elimina la parte final del numeral 1) del motivo trigésimo segundo desde “, no da cuenta en cambio...” hasta el punto final, agregando un punto (.) a continuación del vocablo “descuento”.
- b) Se suprimen los considerandos trigésimo cuarto, trigésimo quinto, trigésimo sexto y trigésimo séptimo.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Del fallo invalidado se reproducen los motivos tercero a octavo, decimo, undécimo, salvo la parte final desde “...proceso que produjo...”, duodécimo, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto hasta “...argumentos presentados como eximente de responsabilidad por la demanda no pueden ser admitidos.”, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto.

Asimismo, del fallo de casación que antecede se reproduce para estos efectos el fundamento décimo octavo.

Segundo: La competencia comercial en nuestro sistema jurídico aun cuando sea agresiva o ruda, realizada mediante herramientas lícitas no solo es aceptada o tolerada sino esperable en beneficio de los consumidores, del mercado y de la sociedad en general. Por ello atraer clientes de una empresa competidora es ajustado a derecho como parte de la estructura de las reglas de la oferta y de la demanda propias del mercado específico de que se trata, sobre todo como acontece a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°20.471, sobre portabilidad numérica en el ámbito de la telefonía celular, que autoriza, precisamente, que clientes de otras compañías se porten a una diferente, siendo las campañas publicitarias uno de los mecanismos empleados para desviar esa clientela de un agente del mercado a otro, lo cual produce como efecto aceptable un daño competitivo lícito, siempre que en ese actuar no se empleen prácticas reñidas con las buenas costumbres o la buena fe.

Tercero: En la causa que se revisa, el actuar infraccional constitutivo de práctica desleal se encuentra probado con el mérito de la prueba testimonial de la parte demandante; deponentes que dando razón de sus dichos están contestes no



solo en los hechos que relatan, sino también en sus circunstancias esenciales, prueba que analizada conforme a la regla segunda del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, permite tener por cierto que la campaña publicitaria desplegada por el actor -a través de sus agentes de ventas de *call center*- incluyó oferta de precios desiguales -arbitrarios en este caso- pero en forma negativa agregó expresiones descalificadoras del servicio entregado por WOM sobre la base de antecedentes falsos que los consumidores no estaban en condiciones de ponderar por cuanto recurrían a características técnicas específicas, vinculadas al número de antenas instaladas en el territorio nacional y al tipo de servicio de 3G o de 4G entregado.

Se trata entonces de afirmaciones erróneas o falsas sobre aspectos relevantes para los consumidores quienes debían tomar la decisión de portarse a otra empresa -valorando cobertura y calidad del servicio telefónico celular- hechos que no podían ratificar y que por su naturaleza tienen la virtud de influir en la decisión de los usuarios, lo que se agrava al ser entregada por un agente del mismo mercado, es decir, por quienes conocen el servicio de telefonía móvil en el mercado de los agentes que lo entregan.

Lo anterior privó a los consumidores -clientes de WOM- de la posibilidad de tomar decisiones racionales en términos económicos y de mercado, realizando la portabilidad a la empresa demandada influenciados por datos incorrectos o falsos, conducta generalizada empleada por la demandada entre enero y marzo de 2018, cuyo resultado fue beneficioso para Entel -desviación de clientela- como se observa en términos generales de los Informes de Portabilidad Numérica emanados de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, provocando una pérdida ilícita de clientela en la empresa WOM S.A. como afirman los testigos del actor al declarar que en razón de la actividad desarrollada en la empresa demandante les consta el aumento excesivo de clientes portados a ENTEL en el periodo cuestionado, apartándose de la tendencia histórica registrada en meses anteriores, agregando Jorge Ramírez Vergara, gerente de planificación financiera y control de gestión, que vio reflejado el impacto en los indicadores de portabilidad de enero a marzo de 2018, constatando un aumento considerable de clientes portados lo cual afectó los ingresos proyectados, indicando que se portaron alrededor de 14.500, explicando el cálculo que hizo su equipo sobre un plan de \$13.000, lo que con posterioridad bajó.



Cuarto: En cuanto a derecho, se trata de un régimen de responsabilidad civil extracontractual por mandato del artículo 5° letra d) de la Ley N°20.169 (LCD). La regla general en la materia se contiene en el artículo 3° de la citada normativa al señalar que *“es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de una agente del mercado”*, conculcación a reglas objetivas de conducta, sin ser necesario acreditar la existencia de dolo o culpa del infractor, por cuanto basta probar que el actuar del agente se apartó del estándar de comportamiento normal exigible a todo empresario honesto, recto y diligente.

Junto a esta definición su artículo 4°, sin ser taxativo, enumera figuras típicas consideradas por el legislador como medios ilegítimos de competencia, entre las que se encuentran la descritas en las letras b), c) y e), que se tuvieron por configuradas en el fallo. La magistratura de segundo grado en el fundamento duodécimo -reproducido para estos efectos- concluyó que la conducta desplegada por ENTEL en el mercado de los servicios de telefonía celular en el periodo de enero a marzo de 2028, atendido su contenido objetivo, encuadra y es subsumible en las hipótesis de las letras referidas. En cuanto a la conducta tipificada en la letra c) los hechos probados dan cuenta de expresiones falsas, sin referencia objetiva alguna.

Quinto: En cuanto a los perjuicios cobrados, reparación de daño patrimonial y extrapatrimonial, el actor cobra a título de lucro cesante el aumento excesivo de las portaciones desde WOM a ENTEL a consecuencia del actuar de competencia desleal, señalando que en diciembre de 2017 se portaron 9.664 clientes en tanto entre enero y marzo de 2018 *“los clientes se elevan a 50.489, con un promedio de 16.829 por mes”* (SIC), mostrando un gráfico que daría cuenta del alza entre el 15 de enero y el 28 de febrero de 2018, efecto que baja a partir de abril de esa anualidad, manteniéndose entre 12.000 y 14.000 portaciones los siguientes meses. El actor calcula que a consecuencia de la campaña de ENTEL entre enero y febrero al menos 14.281 de sus clientes se portaron como efecto directo del actuar desleal de la demandada. Refiere como criterio adicional para avaluar el daño la permanencia media de los usuarios de WOM en la compañía en el periodo cuestionado y el ingreso medio mensual que aporta cada usuario, estimando que el daño sufrido por su parte, llevado a valor presente, asciende por lo menos a \$2.672.598.756.



En cuanto al daño reputacional derivado de la difusión de afirmaciones falsas, del número de destinatarios afectados por la campaña ilícita, considerando la cantidad de clientes que efectivamente se portaron, estima que el desprestigio debe ser avaluado en la suma de \$1.000.000.000.

Sexto: Para la determinación del lucro cesante -entendido como lo que el actor deja de percibir- es necesario demostrar el grado razonable de probabilidad que asiste a quien lo sufre con relación a los ingresos futuros que debía percibir, pero siempre acorde a una proyección del curso normal de los acontecimientos. El demandante señaló como criterios para determinar esa probabilidad de ganancia el exceso de portaciones como consecuencia directa de los actos de competencia desleal, esto es, por sobre la normalidad observada en los meses previos, pero también estimó que se debía adicionar para ese cálculo el tiempo promedio que los usuarios se mantenían en la empresa WOM y el valor promedio de la prestación del servicio de telefonía celular según contrato, que había dejado de ganar, antecedentes todos que era de cargo del demandante probar.

Séptimo: En esta causa no existe informe pericial que permita establecer con su mérito el daño patrimonial futuro sufrido por el actor. Solo obra en autos un informe técnico privado elaborado por dos profesionales a petición del actor, quienes lo ratifican al declarar en calidad de “testigos” en la causa, siendo sus autores doña Maria Montoya Squif y don José Luis Lima Reina.

Sin embargo, sus dichos no pueden ser valorados como reclama el actor por cuanto solo expresan en términos generales sus opiniones técnicas acorde a la ciencia que profesan y según los modelos económicos descritos en el informe que someramente indican y ratifican al declarar en calidad de testigos. La primera afirma la existencia de daño económico por la pérdida de clientes en exceso de WOM reconociendo que el perjuicio fue cuantificado de acuerdo a distintas metodologías económicas que permiten obtener causalidad en las estimaciones para definir el valor de la pérdida de clientes extra, estimando que el daño asciende a \$2.200.000.000 aproximadamente, según uno de los métodos, porque otro modelo arroja \$2.300.000.000; por su parte el segundo manifestó que los daños económicos van entre las sumas indicadas previamente por la otra deponente de acuerdo a metodología de cálculo utilizada, agregando que un tercer método arrojó un daño de \$3.000.000.000, reconociendo que declara en calidad de experto en medición econométrica.



Frente al informe privado aportado por el actor, es necesario recordar que la ausencia de un peritaje decretado por el tribunal, y valorado conforme a las normas procesales que lo regulan, no puede ser suplida a través de incorporar a la causa un documento técnico privado, ratificado en juicio por quienes lo emiten, por cuanto tales profesionales no declaran sobre hechos percibidos o sobre lo que oyeron de otros, sino sobre sus apreciaciones técnicas económicas de acuerdo a su especialidad, y en el caso que se revisa el daño probable lo explican aludiendo a diversas metodologías económicas (tres), desnaturalizando la esencia de la prueba testimonial.

Octavo: A lo anterior se agrega que el informe privado acompañado en el folio 61, que se viene comentando, incorporado junto a la declaración jurada de sus autores ante notario público, no muta su naturaleza jurídica, salvo la fecha cierta del documento otorgado ante ministro de fe.

En el informe se explica que el objeto era contrastar los clientes portados entre enero y marzo de 2018 respecto de un escenario contrafactual de portabilidades sin mediar la acción de ENTEL para estimar el exceso de consumidores desviados, conforme a la tarifa promedio de postpago y su permanencia promedio. Los profesionales desarrollan tres metodologías para crear una situación hipotética, construyendo escenarios de referencia con el cual comparar la realidad. Se emplean los modelos denominados “Antes y después”, “De predicción” y de “Diferencias en diferencias”, los que arrojan resultados diferentes tanto en cuanto a la cantidad de clientes portados en exceso como en cuanto al avalúo del daño. El primero dice que se portaron en exceso 10.031 clientes con un daño de \$2.206.000.000, el segundo 10.706 clientes con un perjuicio estimado de \$2.354.000.000 y el tercero, que califican de menos preciso a largo plazo, establece que el número de clientes ascendería a 16.678 portados a ENTEL, sin indicar un valor sobre la pérdida de ganancia.

Noveno: La documental referida en el motivo anterior carece de todo valor probatorio por tratarse de un documento privado emanado de terceros, sin que sea idóneo para inferir algún hecho relevante que pueda servir de base a una presunción judicial por cuanto se elaboran sus conclusiones a partir de diversos modelos económicos que entregan resultados disímiles, sin que exista otro elemento de convicción que permita corroborar los datos y decidir acerca de una de las alternativas desarrolladas, sobre todo si se tiene presente que el cálculo estimado del perjuicio se elabora considerando otros antecedentes que tampoco



se corroboran en la causa, como son el número de contratos de postpago, el precio convenido y el tiempo promedio de permanencia del cliente en la empresa WOM.

Décimo: Por otro lado, los datos consignados en los Informes de Portabilidad Numérica de diciembre de 2017 a febrero de 2018, emanados de la Subsecretaría de Transportes acompañados a la causa, son igualmente insuficientes para efectos de cuantificar el daño patrimonial demandado por cuanto se registran los totales de clientes portados entre las distintas empresas, sin que sea posible inferir el exceso de clientes que migraron de WOM a la empresa ENTEL -por sobre el porcentaje esperable- y el daño económico probable, por cuanto nada de ello se desprende de la información general contenida en dichos documentos.

La testimonial de la demandante tampoco aporta para este fin; solo uno de sus testigos alude al perjuicio concreto, pero relata el cálculo que su equipo habría realizado considerando para ello variables que no están respaldadas por otro antecedente probatorio.

Undécimo: En consecuencia, lo demandado por concepto de lucro cesante no puede prosperar.

Duodécimo: En cuanto al daño moral, en este caso por la reputación y desprestigio sufrido por la empresa demandante, aun aceptando que las personas jurídicas pueden accionar para el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial padecido como consecuencia del hecho ilícito, no existe en la causa prueba idónea y suficiente para inferir el impacto sufrido por la demandante en el aspecto reclamado, sin que ello pueda desprenderse únicamente de la infracción a las normas sobre competencia desleal, como el mismo demandante acepta en su demanda al sostener que para su evaluación debe considerarse el número de clientes afectados y los que efectivamente se portaron de WOM a ENTEL por el actuar ilícito de ésta.

Por estas consideraciones y de conformidad además a lo que disponen los artículos 144, 160, 189 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, en cuanto por ella se rechazó la acción declarativa de competencia desleal y en su lugar se **resuelve** lo siguiente:

I.- Que **se hace lugar a la demanda solo en cuanto se declara** que la empresa **Entel PCS Telecomunicaciones** incurrió en competencia desleal por



haber cometido infracción a los artículos 3° y 4° letras b), c) y e) de la Ley N° 20.169.

II.- Que atendido lo dispuesto por el artículo 10 de la citada normativa, una vez ejecutoriado este fallo, **pasen los antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica**, para los fines allí establecidos.

En lo demás apelado **se confirma** la referida sentencia.

Redactó la Ministra señora González Troncoso.

Regístrese y comuníquese.

Rol N° 703-2024.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las ministras señoras Andrea Muñoz S., Jessica González T., Mireya López M., ministro suplente señor Roberto Contreras O., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C. No firman la ministra señora López y la abogada integrante señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal la primera y ausente la segunda. Santiago, doce de enero de dos mil veintiséis.



En Santiago, a doce de enero de dos mil veintiséis, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

