

3305



A LO PRINCIPAL: INTERPONE FUNDADO RECURSO DE RECLAMACIÓN.
EN EL OTROSÍ: CUMPLIMIENTO AL CUMPLE AUTO ACORDADO N°7.

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

XIMENA ROJAS PROSSER, en representación de NETLINE MOBILE S.A., en adelante e indistintamente, NETLINE, en autos No Contenciosos rol NC°448-18, caratulados "Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico", a este Honorable Tribunal, respetuosamente, digo:

Dentro de plazo legal y, conforme lo dispuesto por el artículo 31 inciso final en relación a lo dispuesto en el artículo 27, ambos del Decreto Ley 211, vengo en interponer fundado **Recurso de Reclamación** contra la resolución de término dictada por este Honorable Tribunal con fecha 04 de diciembre de 2019, notificada con fecha 5 de diciembre del mismo mes a todos los intervinientes, correspondiente a la Resolución N°59/2019 (en adelante e indistintamente La RESOLUCIÓN 59 o la resolución recurrida), en la cual se resuelve:

"169. FIJAR LOS SIGUIENTES LÍMITES DE ESPECTRO POR CADA UNA DE LAS MACROBANDAS DEFINIDAS EN EL PÁRRAFO 141:

1. *MACROBANDA BAJA (INFERIOR A 1 GHz): se adoptará un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.*
2. *MACROBANDA MEDIA BAJA (entre 1 y 3 GHz): se fijará un límite máximo de 30% por operador.*
3. *MACROBANDA MEDIA (entre 3 y 6 GHz): se fijan las siguientes medidas especiales para corto, mediano y largo plazo.*
 - a. *En el corto plazo, la Subtel no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz por operador. De este modo, deberá contar, en una primera subasta, con al menos 80Mhz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de 2 operadores.*
 - b. *En el mediano plazo, la Subsecretaría, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos 4 operadores con un mínimo de 40 MHz contiguos cada uno.*
 - c. *Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de espectro de 30% para esta macrobanda, debiendo cada operador tener un mínimo de 80 MHz contiguos.*
4. *MACROBANDA MEDIA ALTA (entre 6 y 24 GHz): no fijar límites atendida la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que la componen.*
5. *MACROBANDA ALTA (superior a 24 GHz): al igual que en la macrobanda media, se fijarán las siguientes medidas para el corto, mediano y largo plazo:*

- a. En el corto plazo, la Subsecretaría deberá asegurar la adjudicación de bloques contiguos que, en suma, no sean inferiores a 400 MHz por operador. Ello permitirá la existencia de al menos 2 operadores en esta macrobanda.
- b. En el mediano plazo, la Subtel, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 400 MHz cada uno en esta macrobanda.
- c. Finalmente, en el largo plazo, regurá un límite máximo de 25%. En cualquier caso, la Subtel deberá velar porque existan al menos 4 operadores con un mínimo de 800 Mhz contiguos cada uno.

170. Los límites máximos de tenencia registrarán conforme al ámbito territorial definido por la Subtel a fojas 2669 y 26669 vuelta, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona. Ello implica que en cada unidad territorial, sea regional o comunal, ninguno de los operadores podrá exceder el límite máximo de tenencia de espectro, considerando todas sus licencias.

171. Asimismo, tal como lo solicita la Subtel en su consulta, el ajuste a los límites propuestos debe ser objeto de una transición paulatina, vale decir, este debe realizarse con ocasión de los futuros concurso para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro. De esta manera, los operadores móviles que excedan cualquiera de los límites máximos de tenencia previamente fijados podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.

172. Por último, la Subtel deberá consultar a este Tribunal el límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico que pueda tener en uso cada operador de servicios móviles en la banda media alta, una vez que decida concursar bloques de espectro en las bandas que fluctúan entre los 6 y 24 GHz."

De no ser dejada sin efecto, la resolución recurrida, en orden a los antecedentes aportados y que obran en el procedimiento No Contencioso autos rol NC448-18, **además de ser contraria a las normas y principios que infunden el DL 211, causará graves perjuicios a la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil, al orden público económico, los consumidores chilenos, y un enorme agravio a mí parte, por cuanto al modificar los límites de tenencia de espectro, sin establecer las medidas complementarias solicitadas, se erige en una norma que únicamente beneficia a las incumbentes**, a saber Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (en adelante e indistintamente ENTEL), Claro Chile S.A. (en adelante e indistintamente Claro) y Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante e indistintamente Movistar), constituyéndose en una norma que consolida la situación actual de concentración del mercado y tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico, como de igual manera, en sí misma constituye en una barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil y en una medida que introduce costos de cambio para el consumidor final, que impiden, limitan y entorpecen la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil de manera grave e irreparable.

La resolución recurrida al consolidar la situación de concentración de derechos de uso de espectro radioeléctrico actualmente existente, y no contemplar ninguna medida que permita controlar y disuadir las conductas exclusorias y abusivas cometidas por las incumbentes, se erige en una medida que por sí misma restringe, entorpece la libre competencia en Chile.

En consecuencia, solicito a este H. Tribunal tener por interpuesto el presente recurso de reclamación y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal de alzada, conociendo del mismo, deje sin efecto o revoque la resolución recurrida, declarando que (i) se revoca la resolución de término recurrida, (ii) se reemplace la resolución recurrida y se ordene la modificación de la misma en el sentido de: a) se establezca que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en orden a sus facultades, debe ejercer el control del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, conforme fuera establecido en la **Resolución N°588, de 2000, de la H. Comisión Resolutiva**, de manera previa a cada concurso público en que se otorguen derechos de uso del espectro radioeléctrico. De tal manera, los participantes deberían acreditar el uso efectivo y eficiente del espectro con que cuentan de manera previa a cada concurso, para luego de ello participar en nuevos concursos b) establecer un límite general de tenencia de derechos de uso de espectro radioeléctrico que no supere el 25%, de manera de asegurar que en Chile pueda coexistir al menos 4 operadores de red, que presten servicios mayoristas y minoristas. En el caso que las incumbentes superen dicho límite no podrán participar de nuevos concursos, sin haber acreditado previamente desprendimiento de espectro que asegure no superar tal límite c) ordenar el establecimiento de las condiciones solicitadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones y por otros intervinientes como Netline, en la consulta que da origen a este procedimiento. Entre dichas condiciones, especialmente la obligación permanente de suministrar facilidades y servicios de reventa a Operadores Móviles Virtuales, disponiendo medidas efectivas de control de los precios mayoristas de las Ofertas de las incumbentes a Operadores Móviles Virtuales (OMVs) y precio minoristas de éstas, a fin de evitar toda práctica de estrangulamiento de márgenes ejercida por las incumbentes en contra de los OMVs.

En subsidio de lo anterior, y para el evento improbable de no ser acogidas las peticiones que anteceden, solicito a la Excelentísima Corte Suprema que se deje sin efecto la resolución recurrida, disponiendo que se mantiene el límite vigente de 60 MHz por operador en el mercado de la telefonía móvil.

I.- PROCESO AUTOS ROL NC 448-2018 Y RESOLUCIÓN RECURRIDA

1.- Los presentes autos se inician por Consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante e indistintamente Subtel, a fin de que el TDLC se pronuncie acerca de la solicitud de modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador de servicio de telefonía móvil, que se encuentra establecido en 60 Mhz por la sentencia Rol N°4797-2008 de la Excm. Corte Suprema, cuya vigencia fue reconocida por la sentencia de la Excm. Corte Suprema rol N°73923-2016, de 25 de junio de 2018, COMO ASIMISMO EL ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES COMPLEMENTARIAS QUE PERMITAN GARANTIZAR LA COMPETENCIA EN EL MERCADO MÓVIL.

2.- En la Consulta señalada, la Subtel solicitó las siguientes medidas complementarias:

“Al efecto, Subtel estima del caso proponer las siguientes condiciones:

a) Roaming nacional obligatorio y temporal proporcionado por los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencias, pero

4

que aún están en etapa de despliegue de las infraestructuras necesarias para competir plenamente con los primeros.

La obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de proporcionar roaming para entrantes debe ser general a todas las bandas y por tanto excederá al concurso o banda específica del mismo.

b) Obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, QUE SEA VIABLE Y QUE PERMITA A ÉSTOS OTORGAR TODOS LOS SERVICIOS A PÚBLICO QUE LE RESULTA POSIBLE HACER AL INCUMBENTE. Estas ofertas y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la FNE, previo informe de Subtel.

c) Compartición obligatoria de infraestructura pasiva de los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional, con otros operadores asignatarios de frecuencias, a precios y en condiciones no discriminatorias. La obligación debiera incluir la inversión para incrementar la capacidad de torres existentes, sea que la realice el entrante o incluso a través de obligaciones razonables de inversión para el incumbente, con un mecanismo claro y seguro de compensación para cualquiera de ambos casos.

d) Monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Esta medida es esencial. Las condiciones del roaming, de las facilidades para OMV y de la compartición de infraestructura, pueden no ser funcionales al momento de aplicarlas, por falta de idoneidad en sí mismas o por actitudes refractarias del incumbente. En cualquiera de estos casos, ese H. Tribunal debiera encomendar a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, facilidades y compartición. El tipo de monitoreo debiera ser semejante al que la FNE suele exigir en materia de operaciones de concentración, esto es, la empresa monitoreada debe contratar a su cargo una auditoría independiente y que los auditores le reporten directa y exclusivamente a la FNE y a Subtel.

e) En todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva. Inicialmente la exigencia debe incluir también las frecuencias preexistentes al concurso, concesionadas al mismo operador en el pasado o adquiridos por éste. Dicho plan deberá ser aprobado por Subtel antes de la solicitud de recepción de las obras de la concesión, siendo responsabilidad del adjudicatario presentarlo con la debida anticipación.

La existencia de este plan deberá generar como consecuencia la aplicación del principio de que las frecuencias o su capacidad de transmisión que no se usen efectivamente conforme con el plan comprometido, deberá obligatoriamente ser puesta a disposición de terceros interesados, de diversos modos:

- Cesión de uso a otros OMR preferentemente entrantes o de menor tamaño, mediante mecanismos no discriminatorios y que le permitan al cedente sólo recuperar costos

eficientes, pero no especular. Evidentemente, el cesionario deberá aceptar y garantizar el cumplimiento de los compromisos del plan de uso efectivo y eficiente de las frecuencias.

- Desinversión a terceros o devolución al Estado de las concesiones por incumplimiento del plan de uso.

f) Antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño.

g) El incumplimiento de estas medidas, que no sea oportunamente subsanado, aparte de las sanciones que pudiere ameritar, deberá inhabilitar al infractor para participar en cualquier concurso de asignación de concesiones que implique uso de frecuencias radioeléctricas.”

4.- La Subsecretaría de Telecomunicaciones en el proceso que abre en consulta, entrega antecedentes que demuestran la excesiva concentración del mercado de la telefonía móvil, y la existencia de diversas barreras de entrada al mercado, como asimismo, la distorsiones de competencia que han tenido por efecto la casi total exclusión de los Operadores Móviles Virtuales del mercado de la telefonía móvil.

5.- De igual manera, esta parte, como otros intervinientes hicieron presente al H. Tribunal las fallas que presenta el mercado de la telefonía móvil, fallas que se ven acrecentadas con la resolución recurrida, cuestión que el H. Tribunal en la misma pasa absolutamente por alto, toda vez que la misma resolución del H. Tribunal reconoce un HHI que bordea los 2500 puntos (pág. 56 y 57 de la resolución recurrida) lo que demuestra que se trata de un mercado altamente concentrado.

6.- La fuente de la Consulta pública presentada por Subtel es la sentencia de 25 de junio de 2018, de la Excma Corte Suprema.

7.- La referida sentencia de la Excma. Corte Suprema, resolvió:

“(…) se acoge la reclamación deducida por la demandante en contra de la sentencia de quince de septiembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1726 y se decide que se acoge la demanda interpuesta por CONADECUS y se declara:

I.- Que las demandadas Telefónica, Claro y Entel han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto como máximo que puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles, infringiendo el artículo 3° del D.L. N° 211;

II.- Que **SE ORDENA A LAS RECURRIDAS DESPRENDERSE de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada;**

4

3310
/

III.- La Subtel velará por el oportuno y adecuado cumplimiento de lo ordenado en el literal precedente, adoptando las medidas necesarias para llevarla a cabo.

IV.- **En el evento que la Subtel estime necesaria la revisión del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador, deberá iniciar un proceso consultivo ante el TDLC con este fin. En caso contrario deberá iniciar los procedimientos necesarios para adecuar el límite establecido a los parámetros definidos de 60 MHz para cada operador participante en el referido espectro radioeléctrico."**

8.- Netline, como otros intervinientes, solicitaron que previo a pronunciarse sobre nuevos límites de espectro radioeléctrico y las medidas complementarias solicitadas, el H. Tribunal precaviera el cumplimiento de lo Resuelto en el Resuelvo II de la Sentencia de 25 de junio de 2018 de la Excma. Corte Suprema. Resultaba obvio, que previo a permitirse la participación de los actuales OMR dominantes -esto es, de Entel, Telefónica y Claro- en los futuros concursos de espectro, y previo a la definición de un Plan General, LAS SANCIONADAS DEBÍAN proceder al cumplimiento de las devoluciones de espectro ordenadas por la Excma. Corte.

Sin embargo, lo anterior no ocurrió, según consta de la propia resolución recurrida y de los autos rol C-275-2014, llevado ante el H. Tribunal de Defensa de la libre Competencia, en que no sólo no se ha resuelto el cumplimiento del Resuelvo II de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, sino que se ha informado por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que las sancionadas han requerida que se permita el cumplimiento mediante la devolución de frecuencias del espectro radioeléctrico que NO formaban parte de las frecuencias cuya devolución fue ordenada por la Excma. Corte Suprema, como es el caso de las frecuencias en 3500 Mhz.

Al no cumplirse lo ordenado por la sentencia ya citada se está afectado la recta administración de justicia, esto es, el "INTERÉS PÚBLICO EN LA FIABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES". Se ha permitido durante este último año y medio que se viole el Estado de Derecho, cuestión que no puede seguir sosteniéndose en el tiempo.

9.- De esta manera, el objeto pedido y la causa de pedir quedaron fijadas por la petición formulada por la Subtel, y los otros intervinientes en el proceso, sin que correspondiera que el H. Tribunal limitara la causa y objeto pedido.

II.- EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO.

10.- El espectro radioeléctrico constituye un bien natural escaso que es imprescindible para la prestación de un servicio público y de los servicio de telecomunicaciones inalámbricos.

El espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado, que desde el punto de vista jurídico, con la modificación a la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones, al artículo 2, del año 2014, fue definido como un bien nacional de uso público. Desde el punto de vista técnico y económico, es un insumo esencial para la prestación de servicios inalámbricos de telecomunicaciones, ya que determina la capacidad, los costos, la calidad y variedad de servicios de telecomunicaciones que es posible suministrar.

11.- La titularidad de concesiones de espectro para telefonía móvil es la siguiente, conforme, conforme se estableció en la sentencia de 25 de junio de 2018, y actualmente es la siguiente:

y

Banda	Telefónica	Entel	Claro	VTR	WOM	Total de espectro
700 MHz	20 Mhz	30 MHz	20 Mhz			70 Mhz
800 MHz	25 MHz		25 MHz			50 Mhz
900 MHz		20 MHz				20 Mhz
1900 MHz	30 MHz	60 Mhz	30 Mhz			120 Mhz
2100 MHz				30 MHz	60 MHz	90 MHz
2600 MHz	40 Mhz	40 Mhz	40 Mhz			120 MHz
Total	115 MHz	150 MHz	115 MHz	30 MHz	60 MHz	570 MHz

Estas asignaciones son para telefonía móvil, y ocurre que deben agregarse, para el cálculo de la concentración, las otras frecuencias que detentan Entel, Claro y Movistar, ya sea por sí o a través de sus empresas relacionadas, como es el caso de las bandas asignadas a estas empresas para servicios fijos inalámbricos en 3500-3600 MHz.

12.- De la tabla anterior, se advierte que actualmente Entel, Claro y Movistar concentran 480 MHz, en conjunto, e individualmente 150 MHz, 115 MHz y 115 MHz, sólo para telefonía móvil.

13.- En materia de cumplimiento, del Resuelvo II de la sentencia de 25 de junio de 2018, de la Excm. Corte Suprema, llevados en los autos rol C-275-2014, la sancionadas Entel, Claro y Movistar ofrecieron cumplir según da cuenta el Oficio N°13.619/DJ 3 N°528, de fecha, 24 de octubre de 2019, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de la siguiente manera:

13.1.- Que la empresa Entel PCS Telecomunicaciones S.A. se obliga a :

- a) Entel Telefonía Local S.A. se desprende de 20 MHz de espectro en la banda de frecuencias de 3500 MHz, por la vía de modificación; y
- b) Transam Comunicaciones S.A. se desprende de 10 MHz de espectro en la banda de frecuencias de 900 MHz, por la vía de renuncia de 14 concesiones regionales, y de la modificación de la concesión que tiene sobre dicha banda de frecuencias en la Región Metropolitana.

13.2.- Claro Chile S.A. se obliga a:

- a) Desprenderse de 20 MHz de espectro en la banda de 3500 MHz, por la vía de modificación.

13.3.- Telefónica Móviles Chile S.A. se obliga a:

- a) Enajenación de una concesión de 10 MHz de espectro en la banda de frecuencias de 1900 MHz; y:
- b) Desprenderse de 50 MHz de espectro, pertenecientes a concesiones regionales, en la banda de frecuencias de 3500 MHz por la vía de renuncia. En atención a los fundamentos presentados en la solicitud, y para los efectos del cumplimiento de la Sentencia, esta

3312

Subsecretaría considerará estos 50 MHz regionales, como equivalentes a 10 Mhz de cobertura nacional.

14.- De la sola revisión de lo anterior, queda en evidencia, que las sancionadas con la manera en que ofrecen cumplir lo resuelto por una sentencia del Máximo Tribunal, están claramente incumplimiento la referida sentencia, toda vez que ofrecen cumplir a través de frecuencias distintas a las que fueron materia del procedimiento que originó la sanción, es decir, frecuencias asignadas para servicios fijos inalámbricos (como es el caso de las frecuencias en 3500 MHz) y de frecuencias asignadas para servicios intermedios como es el caso de las frecuencias que detenta TRANSAM en 900 Mhz. Y no sólo eso, pretenden cumplir devolviendo frecuencias adjudicadas en carácter regional, en circunstancias que fueron sancionadas por acaparar espectro móvil adjudicado en carácter nacional.

15.- Sin duda alguna, y por el propio tenor de los resuelto por la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 25 de junio de 2018, la resolución y tramitación de los autos rol C-275-2014 (en materia de cumplimiento del Resuelvo II de la Referida sentencia) NO podía ser independiente de una consulta pública motivada en el Resuelvo IV de la misma sentencia.

16.- Como se sabe, en Chile, la totalidad del espectro radioeléctrico que hoy resulta útil para prestar servicios de telefonía móvil y fijos ya se encuentra adjudicado, en su gran mayoría, en favor de las incumbentes, ENTEL, Claro y Movistar, de modo que es indispensable que las asignaciones en 3,5 GHz y en 28 GHz para 5G se hagan de un modo que aumente la competencia, y no que consolide el oligopolio actual, cuestión que fue lo que precisamente hizo el H. Tribunal en la resolución recurrida.

17.- En efecto, Entel, Claro y Telefónica detentan el 100% de las bandas bajas y más del 81% de la totalidad del espectro radioeléctrico ya adjudicado, y debe considerarse que también detentan la asignación para servicios fijos en la banda de 3500-3600 MHz. La resolución recurrida, con los límites que establece precisamente protege se mantenga esa situación de concentración.

La situación actual de concentración, en las macrobanda baja y media es la siguiente:

Situación actual:						
Banda	Entel	Movistar	Claro	VTR	Wom	Total
700 MHz	30	20	20			70
850 MHz		25	25			50
900 MHz	20					20
Adjudicado	50	45	45	0	0	140
	35,7%	32,1%	32,1%	0,0%	0,0%	100,0%
1.900 MHz	60	30	30			120
2.100 MHz				30	60	90
2.600 MHz	40	40	40			120
Adjudicado	100	70	70	30	60	330
	30,3%	21,2%	21,2%	9,1%	18,2%	100,0%

0

18.- Lo anterior, demuestra con claridad, como la resolución recurrida con los límites propuestos consolida la actual situación de concentración del espectro, y asimismo, permite que las incumbentes puedan seguir concentrando espectro en las macrobandas media alta y alta.

III.- LA SENTENCIA RECURRIDA VIOLA EL PRINCIPIO DEL CONGRUENCIA Y HA SIDO DICTADA CON EL VICIO DE INFRAPETITA. SE HA VIOLADO EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

19.- Según ha quedado de manera expresa, la Subsecretaría de Telecomunicaciones en la consulta pública, que corresponde a este procedimiento, solicitó no sólo la modificación del límite de derechos de uso del espectro radioeléctrico vigente de 60 Mhz, sino que además el establecimiento de condiciones que permitieran garantizar la competencia en el mercado de la telefonía móvil, dadas las distorsiones que el mismo presenta, y que fueron descritas por la propia Subtel como por otros intervinientes.

20.- Esta parte como otros intervinientes, hicieron presente al H. Tribunal que cualquier medida de caps, dadas las fallas que presenta actualmente el mercado de la telefonía móvil, debía llevar aparejadas medidas de control de la conductas de las incumbentes, que permitieran disciplinar el mercado de la telefonía móvil, cuestión que al ser solicitada tanto por la Consultante como por otros intervinientes, el H. TDLC debió resolver.

21.- Tanto es así, que como fuera explicado en las primeras páginas de este recurso, la Subsecretaría de Telecomunicaciones efectuó un largo relato sobre sus peticiones en relación a las medidas complementarias que debían dictarse, conjuntamente con la modificación de caps, a efectos de evitar la afectación de la competencia en el mercado de la telefonía móvil.

22.- No obstante lo anterior, la resolución recurrida no obstante en la página 9 reconocer que la Subsecretaría plantea la necesidad del establecimiento de condiciones complementarias que deberían ser aprobadas conjuntamente con la modificación a los límites de tenencia de espectro, y de igual manera en las páginas siguientes reconocer las solicitudes de medidas planteadas por los demás intervinientes, RESUELVE NO PRONUNCIARSE RESPECTO DE LAS MISMAS, EN ATENCIÓN A QUE A SU JUICIO SE HABRÍA INVOCADO ÚNICAMENTE LA FACULTAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 18 N°2 DEL DL 211, LIMITADO LA CAUSA DE PEDIR ÚNICAMENTE AL HECHO, ACTO O CONTRATO CONSULTADO que el propio Tribunal sin que así haya sido solicitado por las partes define COMO LA REVISIÓN DE PROHIBICIÓN DE LÍMITES.

23.- Resulta del todo evidente que si tanto la consultante como los intervinientes SOLICITARON LA FIJACIÓN DE MEDIDAS COMPLEMENTARIOS, no requerían citar el artículo 18 N°3 del DL 211 para que el Tribunal debiera pronunciarse sobre las medidas complementarias solicitadas. El Juez Conoce el Derecho, y debe aplicarlo, debiendo pronunciarse sobre todo lo que se ha pedido por las partes en el referido juicio.

24.- Nuestra jurisprudencia nacional ha sido consistente en este sentido, reforzando que el Juez debe pronunciarse sobre lo pedido, siendo ello un deber del juez. De particular relevancia por su claridad y sencillez es una sentencia de la Corte Suprema, de 6 de mayo de 1964, en la cual se deja establecido que "en materia civil los jueces tienen únicamente iniciativa en la aplicación de la ley; y las partes de allegar los hechos en que se basan las acciones y excepciones deducidas. Los jueces de

3314
/

derecho, entonces, tienen el deber inexcusable de aplicar a los hechos invocados y probados los preceptos legales pertinentes, aun cuando no los aduzcan las partes".¹

25.- Al escudarse el H. TDLC en la simple cita normativa de las facultades que se confieren en el artículo 18 N°2, y en base a ello, dejar de pronunciarse sobre lo expresamente solicitado, ha violado también el principio de congruencia. En este sentido LA RESOLUCIÓN RECURRIDA ADOLECE CIERTAMENTE DEL VICIO DE INFRAPETITA.

27.- El H. Tribunal ha violado su obligación inexcusable de pronunciarse sobre todo lo pedido por las partes, ha violado su obligación principal de aplicar el derecho e impartir justicia. Por esta razón este vicio se solicita mediante este recurso de reclamación sea corregido por el Máximo Tribunal.

28.- Las medidas complementarias solicitadas tanto por Subtel, como por otros intervinientes, entre ellos Netline, decían relación con la probada existencia de distorsiones en el mercado de la telefonía móvil, distorsiones que han sido descritas no sólo por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sino por también por la Excma. Corte Suprema, precisamente en la sentencia de 25 de junio de 2018.

El mercado de la telefonía móvil, presenta fallas que fueron latamente descritas por la sentencia de 25 de junio del año 2018 de la Excma. Corte Suprema.

La Excma. Corte Suprema en la sentencia en comento señaló respecto de las condiciones de mercado de la telefonía móvil, lo siguiente:

a) "Que, en la actualidad en la industria de las telecomunicaciones existe un mercado mayorista o aguas arriba de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil, en el que se transa el acceso a las redes móviles y, además, existe un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles".

b) Que Entel, Claro y Telefónica tienen presencia en ambos mercados, cuestión que es TRASCENDENTE, toda vez que determina la existencia de la integración vertical entre los operadores de redes.

c) Si bien la integración vertical no es en sí misma anticompetitiva, cuando se une al poder de mercado (...) puede hacer más fácil el traslado (leveraging) del poder de mercado hacia los mercados relacionados" (considerando décimo segundo)

¹ C. Suprema, 6 de mayo de 1964, R.D.J., t. 61, sec. 1ª, p. 81. En similar sentido: C. Suprema, 25 de julio de 1958, R.D.J., t. 55, sec. 1ª, p. 188; C. Concepción, 29 de abril de 1963, R.D.J., t. 60, sec. 2ª, p. 49; C. Corte, 25 de noviembre de 1963, R.D.J., t. 60, sec. 1ª, p. 356; C. Suprema, 11 de agosto de 1965, R.D.J., t. 62, sec. 1ª, p. 272; C. Suprema, 7 de junio de 1972, R.D.J., t. 69, sec. 1ª, p. 75. En otra sentencia de la C. Suprema, de 11 de agosto de 1965, R.D.J., t. 62, sec. 1ª, p. 272, se elevó esta distribución de tareas procesales al carácter de "axioma jurídico, que como tal no requiere demostración". En este fallo se da cuenta de la justificación que suele venir precedida a la utilización de materiales jurídicos no invocados por las partes, al extremo de sustentar que la libertad de los jueces en la aplicación del derecho es lo que constituye la esencia de la facultad de juzgar, la que si fuere restringida a las argumentaciones de los litigantes haría ilusoria la justicia

6

d) Que "Para paliar los potenciales efectos adversos de la integración vertical, el marco regulatorio establece el PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD.

Conforme al principio de neutralidad, la empresa que controla los mercados verticalmente integrados, no debe usar el poder que tiene en un mercado para actuar en el otro de manera anticompetitiva (por ejemplo, cláusulas de atadura) ni imputar los gastos de un mercado poco rentable a otro más rentable (subsídios cruzados) sino que debe actuar en cada mercado como si no tuviera actuación en el otro u otros". (op. cit.). (considerando decimo segundo)

En Chile no existe regulación que garantice el principio de neutralidad.

Esto en el mercado europeo estose resolvió a través del control de precios mayoristas y minoristas ex antes y ex post, de manera de evitar conductas de estrangulamiento de márgenes, y actuaciones veladas de las incumbentes con el objeto de excluir competidores.

e) Quedó ya establecido en la sentencia de 25 de junio de 2018 que el grado de participación conjunta de mercado de las incumbentes determina la existencia de un mercado oligopólico, donde el poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas, a quienes se les imputa de manera frecuente incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras, las cuales, eventualmente, pueden coordinar sus políticas comerciales, sin que exista un acuerdo expreso respecto de ello. (considerando duodécimo).

f) Que "El alto grado de concentración de la industria, unido a la existencia de barreras de entrada al mercado mayorista, hace patente la existencia de riesgos para la libre competencia. (...) Desde otra perspectiva, no sólo es importante contar con bandas de espectro radioeléctrico sino que, eventualmente, puede ser beneficioso para las incumbentes impedir que ingresen nuevos operadores al mercado mayorista, toda vez que aquello les permite manejar el comportamiento del mercado minorista". (considerando duodécimo).

g) Desde el punto de vista del manejo del mercado mayorista, los incumbentes se encuentran en una situación de privilegio en el mercado minorista, toda vez que, el manejo del primero determina indudablemente el comportamiento del segundo mercado, siendo del caso señalar que el porcentaje de participación de Entel, Claro y Telefónica en el mercado MINORISTA. Conforme estableció el Máximo Tribunal, es el siguiente, al momento del fallo del MÁXIMO TRIBUNAL:

- Telefónica 38,32%
- Entel 36.52 %
- Claro 22,53 %
- TOTAL 97,37% (considerando decimo tercero)

6

3316
/

h) Aunque es efectivo que Wom les ha quitado algo más de mercado en el último tiempo, lo que ha sido posible sólo porque Wom es un OMR y no un OMV, 1) la CONCENTRACIÓN de la participación en el mercado mayorista y minorista, 2) la efectividad de tener estas características oligopólicas y 3) la existencia de barreras de entrada, permite aseverar que ENTEL, CLARO Y TELEFÓNICA siguen teniendo a la fecha una posición de dominio y además -¿por qué no decirlo?- siguen constituyendo un oligopolio, que realiza un "lobby feroz" sobre las autoridades, expresión esta última que acuñó valientemente la actual Subsecretaria Señora Pamela Gidi, a través de los medios de comunicación social.

De esta manera, ha quedado en evidencia las fallas que presenta el mercado móvil, que hacían necesarias las medidas complementarias solicitadas por Subtel y otros intervinientes, como Netline.

29.- Asimismo, al solicitar otros intervinientes, entre ellos Netline, que previo a pronunciarse el H. Tribunal sobre los límites de tenencia de espectro, se procedería al estricto cumplimiento de lo resuelto en el Resuelvo II de la sentencia de 25 de junio de 2018, la causa y objeto pedido en este procedimiento NO contencioso, quedó también fijado con esa petición. Petición respecto de la cual, el H. Tribunal nada dice.

30.- En este sentido, al no pronunciarse a este respecto el H. Tribunal en la resolución recurrida también viola el principio IURA NOVIT CURIA y el principio de congruencia, lo que da cuenta que la sentencia recurrida adolece de infrapetita, también en ese aspecto.

IV.- LA SENTENCIA RECURRIDA VIOLA LA COSA JUZGADA ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2018 DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA.

31.- La sentencia de 25 de junio de 2018, en su Resuelvo II, da una orden a las EMPRESAS SANCIONADAS, y en su Resuelvo IV, faculta a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, para revisar los límites de tenencia del espectro radioeléctrico, una vez cumplido lo ordenado en el Resuelvo II.

32.- Modificar el cap de espectro vigente de 60 MHz, sin que se haya dado cumplimiento a lo resuelto por la Excm. Corte Suprema, en el Resuelvo II de la sentencia de 25 de junio de 2018, viola la cosa juzgada establecida en una sentencia del máximo Tribunal de Chile.

33.- Asimismo, quedó ya establecido en la sentencia de 25 de junio de 2018, ya citada que el grado de participación conjunta de mercado de las incumbentes determina la existencia de un mercado oligopólico, **donde el poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas, a quienes se les imputa de manera frecuente incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras, las cuales, eventualmente, pueden coordinar sus políticas comerciales, sin que exista un acuerdo expreso respecto de ello.** (considerando duodécimo).

Que **"El alto grado de concentración de la industria, unido a la existencia de barreras de entrada al mercado mayorista, hace patente la existencia de riesgos para la libre competencia. (...) Desde otra perspectiva, no sólo es importante contar con bandas de espectro radioeléctrico sino que, eventualmente, puede ser beneficioso para las incumbentes impedir que ingresen nuevos**

6

3317
/

operadores al mercado mayorista, toda vez que aquello les permite manejar el comportamiento del mercado minorista". (considerando duodécimo).

Que, "Han señalado las recurridas que en la especie no se cumplen las exigencia de la conducta de acaparamiento porque no hay nadie a quien excluir, razonamiento erróneo, toda vez que la circunstancia de que ningún otro competidor presentara ofertas al concurso 700, se debe, precisamente, a que operar en el mercado, sin límites del espectro del radioeléctrico, dificulta aún más la entrada de nuevos partícipes y la expansión de aquellos dos que sólo pudieron incorporarse producto de la decisión adoptada en los autos CS N° 4797-2008, razón por la que, como se observa, sí hay a quien excluir. (considerando décimo séptimo)

34.- Sin que se hayan agregado antecedentes que demuestren la modificación de la situación de alta concentración del mercado, considerada por la Excm. Corte Suprema para establecer que la adjudicación de frecuencias en la banda de 700 MHz violentó las normas de libre competencia, el H. Tribunal a través de la sentencia recurrida viola la cosa juzgada de la sentencia de 25 de junio de 2018, al modificar hechos inmutables establecidos por el Máximo Tribunal de Chile.

35.- Permitir entonces a las incumbentes seguir acaparando espectro radioeléctrico en el mercado de la telefonía móvil, por la vía de modificar sus límites, sin que además se haya verificado el cumplimiento de las devoluciones de espectro ordenadas, viola sin duda alguna la cosa juzgada, produciéndose los vicios del artículo 768 N°6 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículo 179 y 180 del mismo Código.

V.- LA RESOLUCIÓN RECURRIDA VIOLA LO RESUELTO EN LA RESOLUCIÓN N°588, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2000, DE LA H. COMISIÓN RESOLUTIVA, VIGENTE.

36.- El problema del control excesivo del espectro radioeléctrico, por parte de las incumbentes es un problema que se discute, desde casi los inicios de la telefonía móvil.

37.- De esta manera, para evitar efectos perniciosos en el mercado, mediante la Resolución N°588, de la H. Comisión Resolutiva se estableció la obligación de la autoridad sectorial de verificar previo a cada concurso el uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico.

38.- La Resolución citada, en el Resuelvo tercero, párrafo segundo establece: *"Sin embargo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá establecer en las bases del concurso los requisitos que deberán cumplir los proyectos técnicos comprometidos por los concursantes, a objeto el de cautelar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias a asignar."*

39.- El H. Tribunal pasa por alto esta obligación, vigente a la fecha, ya que no ha sido modificada por ninguna otra, de manera que la resolución recurrida al no establecer que la definición de cualquier límite requiere de manera previa el análisis del uso efectivo y eficiente del espectro con que cuentan las futuras concursantes, viola expresamente el principio de control del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico establecido en la Resolución N°588 Citada.

40.- De esta manera, la obligación impuesta a la autoridad sectorial, actualmente vigente, de velar por el uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, se viola por la sentencia recurrida al pasar por alto, toda vez que dicha obligación conlleva la obligación de concurso a concurso verificar los

b

criterios de uso efectivo y eficiente con el espectro que cuentan las concursantes, previo a permitir la participación en un nuevo concurso.

Con todo, cabe señalar que la sentencia recurrida adolece de desconocimiento total del Derecho y de los procedimientos de otorgamiento de concesiones y derechos de uso del espectro radioeléctrico vigentes en la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones al disponer límites de derechos de uso del espectro radioeléctrico considerado subastas de espectro, en circunstancias que en Chile, en la Ley N°18.168, no existe el procedimiento de subastas sino que por el contrario, el mecanismo previsto es el de concurso público, que puede terminar en licitación en caso de empate de los concursantes, conforme previene el artículo 13 C de la Ley N°18.168, citada.

POR TANTO:

AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la resolución de término de fecha 04 de diciembre de 2019, notificada con fecha 5 de diciembre del mismo mes a todos los intervinientes, correspondiente a la Resolución N°59/2019, concederlo y elevarlo a la Excelentísima Corte Suprema, para su conocimiento y resolución, a fin que éste Excelentísima Corte enmiende conforme a Derecho la resolución recurrida y, en tal sentido, resuelva: dejar sin efecto o revoque la sentencia recurrida, declarando que:

- a) se establezca que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en orden a sus facultades, debe ejercer el control del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, conforme fuera establecido en la Resolución N°588, de 2000, de la H. Comisión Resolutiva, de manera que previo a cada concurso público en que se otorguen derechos de uso del espectro radioeléctrico. De tal manera, los participantes deberían acreditar el uso efectivo y eficiente del espectro con que cuentan de manera previa a cada concurso, para luego de ello participar en nuevos concursos
- b) establecer un límite general de tenencia de derechos de uso de espectro radioeléctrico que no supere el 25%, de manera de asegurar que en Chile pueda coexistir al menos 4 operadores de red, que presten servicios mayoristas y minoristas. En el caso que las incumbentes superen dicho límite no podrán participar de nuevos concursos, sin haber acreditado previamente desprendimiento de espectro que asegure no superar tal límite
- c) ordenar el establecimiento de las condiciones solicitadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones en la consulta que da origen a este procedimiento y por otros intervinientes como Netline. Entre dichas condiciones, especialmente la obligación permanente de suministrar facilidades y servicios de reventa a Operadores Móviles Virtuales, disponiendo medidas efectivas de control de los precios mayoristas de las Ofertas de las incumbentes a Operadores Móviles Virtuales (OMVs) y precio minoristas de éstas, a fin de evitar toda práctica de estrangulamiento de márgenes ejercida por las incumbentes en contra de los OMVs.

OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7 de este H. Tribunal, Sírvase el H. Tribunal tener presente que con esta fecha se remitirá por correo electrónico copia del presente recurso a la Srta. Secretaria Abogado.

b