

Santiago, veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 73.923-2016 comparece la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (Conadecus) e interpone demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. (Telefónica), Claro Chile S.A. (Claro) y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (Entel), imputándoles haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 al postular en el "concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos en las bandas de frecuencia de 713-748 MHz y 768-803 MHz" ("concurso 700 MHz"), excediendo los límites de espectro radioeléctrico de que puede disponer lícitamente un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, acaparando dicho recurso, poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente, así como la necesaria homogeneidad en su distribución. Enfatiza que la conducta ha tenido como objeto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado, al bloquear o retardar el ingreso de nuevos competidores.

Explica que la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) licitó a fines de 2013 concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 768-803 MHz, también conocida como "banda de 700 MHz", que sería una de las cinco bandas disponibles en el país para servicios de telefonía móvil. Sin embargo, no se



consideró que con el objeto de velar por la libre competencia, el máximo tribunal del país, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, dispuso un límite máximo de 60 MHz como la cantidad total de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil (CS N° 4797-2008). El mismo límite habría sido establecido previamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en la Resolución N° 2/2005 que aprobó la fusión entre Telefónica y BellSouth Corporation, que dispuso que Telefónica debía vender a terceros no relacionados uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz y que el comprador de ese bloque no podía acumular frecuencias de espectro por más de 60 MHz.

Explica que la sentencia dictada en los autos rol N° 4797-2008, que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 del TDLC, tiene su origen en la consulta que la Subtel realizó previo a la licitación de la banda de 2100 MHz (concurso 3G), solicitando pronunciamiento respecto de si correspondía establecer en sus bases algún tipo de exclusión o restricción a la participación de las empresas que a la época eran concesionarias del servicio telefónico móvil, señalando el TDLC que no resultaba procedente excluir o restringir la participación de las empresas incumbentes. No obstante, el máximo tribunal, determinó la existencia de un límite de 60 MHz a la cantidad de espectro



radioeléctrico que puede tener cada operador de telefonía móvil, actual o potencial, sin prohibir la participación de los operadores existentes, sino que señaló que si la cantidad de espectro acumulado por ellos excedía tal límite, éstos deberían desprenderse de la cantidad de espectro que fuese necesaria para ajustarse al mismo.

Puntualiza que el referido límite no habría sido respetado por las demandadas en el "concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos Fijo y/o Móvil en las bandas de frecuencias 2.505-2.565 MHz y 2625-2685 MHz" convocado en 2011 (concurso 2600 MHz) y en el concurso 700 MHz, no obstante que debieron respetarlo por ser empresas superdominantes que, como tales, tienen un especial deber de cuidado.

A continuación Conadecus afirma que por medio del concurso 2.600 MHz cada una de las demandadas agregó 40 MHz a su anterior disponibilidad individual de espectro quedando, previo al concurso 700 MHz, Telefónica con 95 MHz, Entel con 100 MHz, Claro con 95 MHz, VTR con 30 MHz y Nextel con 60 MHz. Luego, de adjudicarse el concurso 700 MHz a las demandadas, éstas pasarían a tener los siguientes anchos de banda: Telefónica 115 MHz, Entel 130 MHz y Claro 115 MHz.

Enfatiza que las demandadas habrían aprovechado los siguientes aspectos de las bases del concurso 700 MHz para acaparar espectro radioeléctrico:



a) Estableció exigencias de tal magnitud que sólo las demandadas podrían cumplirlas: (i) la cobertura obligatoria en 1.200 localidades; (ii) el transporte de datos para terceros desde capitales de regiones; y (iii) la atención gratuita de escuelas.

b) Otorgado puntaje por presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para operadores móviles virtuales (OMV) en las nuevas redes de 700 MHz, en circunstancias que es obligación de las demandadas presentar esas ofertas de facilidades y reventa de planes para todas sus redes.

c) No habrían considerado el límite de 60 MHz de tenencia de espectro.

Agrega que habría jurisprudencia adicional sobre el acaparamiento de espectro, citando al respecto la Sentencia N° 13/2005 del TDLC, que habría rechazado la demanda deducida por Entel en contra de la Subtel basada en que ésta última habría restringido o entorpecido la libre competencia al haber llamado a concurso para otorgar concesiones de servicio telefónico local inalámbrico en las frecuencias 3400 a 3700 MHz el año 2004, imponiendo como limitación en las bases correspondientes que ninguna empresa o grupo de empresas relacionadas podía acumular más de 100 MHz en una misma zona geográfica, siguiendo el criterio impuesto por la H. Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 584/2000. Al rechazar esta demanda, se habría



confirmado la validez y vigencia del límite de 100 MHz.

En cuanto a la intención de las demandadas de acaparar espectro y excluir a potenciales competidores, señala que la misma quedaría demostrada por el hecho de no haber mayor urgencia por asignar la banda de 700 MHz, puesto que la tecnología no estaría lo suficientemente madura y la demanda por servicios 4G sería menor a la esperada.

Explica que los órganos de defensa de la libre competencia habrían reconocido que quienes detentan una posición dominante tienen un especial deber de cuidado en sus actos, que les exige velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia y no generen situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico.

Señala que los principales efectos adversos derivados de la supuesta conducta de acaparamiento serían que los consumidores: (i) pagan más por los servicios de telecomunicaciones móviles que en otros países; (ii) reciben servicios de menor calidad, en relación a otros países; y, (iii) pagan tarifas de prepago hasta veinte veces más altas que las aplicables a clientes de tipo corporativo.

En la parte petitoria de su libelo, Conadecus solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

1.- Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al acaparar e intentar



acaparar espectro radioeléctrico, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, bloqueando o retardando en los hechos el ingreso de nuevos competidores a dicho mercado;

2.- Disponer que se ponga término a la participación de las demandadas en el concurso 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel;

3.- Disponer que, en subsidio de lo solicitado en el número anterior, las demandadas se desprendan en el menor plazo posible de las bandas de frecuencias acaparadas en forma ilícita, hasta ajustarse al límite de 60 MHz que dispuso la Corte Suprema, o al que disponga el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un proceso no contencioso;

4.- Declarar y disponer que las demandadas se abstengan de seguir acaparando espectro, o ejecutando cualquier conducta que tenga por objeto o efecto impedir o retardar el ingreso de nuevos competidores al mercado; y,

5.- Sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal ascendente a 20.000 unidades tributarias anuales, por la gravedad de los hechos denunciados.

**I.- Defensas:**

Al contestar Telefónica solicitó el rechazo de la



acción, con costas, sosteniendo, en síntesis:

A) A través de la acción se reprochan las bases del concurso público llevado a cabo por Subtel, puesto que tendrían un supuesto efecto excluyente, por lo que cualquier reparo debió dirigirse a la autoridad. Así, respecto de todas las afirmaciones, pretensiones y solicitudes relacionadas con el concurso 700 MHz y sus bases, opone la excepción de falta de legitimación pasiva.

Precisa que el llamado a concurso es una decisión exclusiva de la autoridad sectorial. En este contexto agrega que los únicos concursantes fueron las demandadas, por lo que, de no mediar su participación, el concurso habría sido declarado desierto. Enfatiza que no se observa ningún potencial competidor que haya manifestado interés en adjudicarse la banda de 700 MHz alegando estar excluido o, al menos, nadie impugnó las bases.

B) Haciéndose cargo del fondo, indica que ha actuado al amparo de su derecho constitucional a desarrollar una actividad económica respetando las normas legales que la regulan y en cumplimiento de una obligación legal como concesionario. En este aspecto explica que ha respetado las normas contenidas en la Ley N° 18.168, que regula los requisitos para postular, participar y adjudicarse espectro en cada uno de los concursos.

Añade que los precedentes citados por Conadecus no permitirían sostener la existencia de un límite de 60 MHz.



Adicionalmente, afirma que no sería efectivo que la adición de espectro por sobre los 60 MHz infrinja alguna prohibición cuya fuente sea la aplicación de la doctrina del especial deber de cuidado, que por lo demás no ha recibido un reconocimiento que la constituya en una fuente del Derecho de Competencia.

Agrega que dicha doctrina no sería pertinente a la situación de autos pues su aplicación se ha realizado en el contexto de partes consideradas como monopolios legales, cuasi monopolios o superdominantes, circunstancia que no se verificaría en la especie. Además, para que sea procedente su aplicación, debe configurarse un abuso de posición dominante, pero Telefónica no tendría una posición de dominio ni habría cometido abuso alguno, toda vez que las bandas de frecuencia en cuestión se habrían asignado mediante concursos públicos abiertos, transparentes y de acceso igualitario. Enfatiza que solicitar y obtener espectro por sobre 60 MHz no puede considerarse una infracción a un estándar de cuidado, pues existe una utilidad en obtener tal asignación y porque la Fiscalía habría cerrado la investigación sobre eventuales riesgos anticompetitivos del concurso 700 MHz (Rol FNE N° 2217-13). En este sentido, indica que Telefónica habría actuado de buena fe respetando las indicaciones de la Subtel y de la Fiscalía, cuestión que generó su confianza en la legitimidad de su actuar.



Manifiesta que como concesionario, dadas sus obligaciones de cobertura y las condiciones bajo las cuales debe prestar sus servicios, le resulta imprescindible tener acceso a las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico. Por ello, la adición de espectro por parte de Telefónica no tendría por objeto obtener ilícitamente una ventaja competitiva con la sola finalidad de bloquear o retardar la entrada de competidores.

Sostiene que no habría un frágil nivel de competencia en el mercado de telefonía móvil. Así, explica que en la Resolución N° 27/2008 se detallaron algunos elementos que permitirían favorecer la competencia, los cuales ya se presentarían actualmente, a saber, la entrada de nuevos competidores, la reducción de barreras de entrada mediante la implementación de la portabilidad numérica, la existencia de operadores de infraestructura y la competencia entre las distintas redes.

Por otro lado, refiere que no es efectivo que las bandas que le fueron adjudicadas en el concurso 700 MHz carezcan de una utilidad real o una eficiencia técnico-económica, toda vez que la banda de 700 MHz sería complementaria a la asignada en el concurso 2600 MHz, por sus distintas características de propagación. Añade que, en la actualidad, la tenencia de espectro no es un requisito fundamental para competir en el mercado de telefonía móvil.

Al contestar Claro, solicita el rechazo, con costas,



sosteniendo que Conadecus habría formulado un reproche a las bases del concurso 700 MHz, en las que Claro no habría tenido ninguna injerencia, pues la redacción de las bases la realizó la Subtel en ejercicio de sus facultades discrecionales, considerando aspectos de políticas públicas de telecomunicaciones y objetivos de libre competencia.

Agrega que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) compartió el criterio de la Subtel en cuanto a que las bases considerarían políticas de competencia, pues aquella inició el 9 de mayo de 2013 una investigación respecto del concurso 700 MHz, que fue archivada por no identificarse riesgos para la libre competencia.

Por otro lado, sostiene, el concurso fue un procedimiento abierto a incumbentes y desafiantes. Explica que en una licitación, la competencia se produciría ex ante por el solo hecho de participar al menos dos actores y, en este caso, participaron cinco agentes económicos.

Agrega que necesita el bloque que le ha sido adjudicado para desarrollar su actividad. A este respecto indica que, atendido el desarrollo tecnológico en el mercado de telefonía móvil, se requeriría mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de los consumidores, quienes consumen cada vez más servicios de transmisión de datos, los que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. Añade que Claro es el actor de menor tamaño en el mercado de internet, razón por la que



el espectro asignado es lo que le permitirá desafiar este mercado.

Manifiesta, que a contar del año 2008 han ingresado nuevos actores, cuestión que demostraría que el mercado es desafiante, sin que sea necesario contar con espectro para poder prestar servicios de telefonía e internet móvil.

Finalmente, alega la falta de legitimación pasiva, toda vez que en el caso de autos se objetan elementos del concurso 700 MHz, el cual ha sido diseñado, evaluado y adjudicado por la Subtel a Claro, sin que le haya cabido participación alguna en los actos que son objeto del reproche formulado en la demanda.

En subsidio de lo anterior, sostiene que no existe una prohibición o impedimento que condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz. Así, afirma que los precedentes que invoca Conadecus emanan de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos concretos y específicos, y que la cosa juzgada que emanaría de tales pronunciamientos sería eficaz sólo en los procesos concretos en que se produjeron o en relación al estado de cosas tenido en consideración al decidir, por lo que lo dispuesto en tales resoluciones no podría ser extrapolado y aplicado a otros procesos o a un estado de cosas sustancialmente diverso.

En este contexto, señala que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la



Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, toda vez que a esa fecha las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil. Tampoco se habían desarrollado los OMV. No se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica y el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente.

Desde otra perspectiva expone que no existiría un abuso de posición dominante de naturaleza exclusoria, pues no gozaría de una posición dominante en el mercado de telefonía móvil o de transmisión de datos móvil y tampoco habría cometido abuso alguno, puesto que no vislumbra cómo participar en el concurso 700 MHz podría constituir un acto distinto de aquellos propios y naturales de quienes participan en una situación normal de competencia en las transacciones comerciales de productos o servicios, o bien un medio distinto de los que rigen una competencia basada en los méritos.

Agrega que la teoría del deber especial de cuidado resultaría inaplicable, ya que Claro no tendría una posición de dominio, enfatizando que aquella tendría aplicación sólo en casos de superdominancia. Tampoco se puede aplicar en el caso de autos la teoría general del acaparamiento.

En subsidio de lo anterior, señala que existiría una desproporción entre la multa que Conadecus solicita que se



imponga y la conducta que imputa a Claro y al resto de las demandadas. Asimismo, niega la reincidencia que alega la actora.

Al contestar Entel, solicitó el rechazo con costas. En primer término alega la falta de legitimación pasiva, esgrimiendo que Conadecus basa íntegramente su imputación de acaparamiento en las condiciones en que se organizó el concurso 700 MHz y en sus bases, por lo que no se aprecia cómo ella podría tener legitimación pasiva en autos. Así, de conformidad con el artículo 13 C de la Ley General de Telecomunicaciones, sería el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones quien tendría la autoridad para definir las condiciones de un concurso público, lo que haría evidente que es dicho ministerio, por medio de la Subtel, el legitimado en el caso de autos.

En esta misma línea argumental, además sostiene que la demanda de autos debería ser rechazada pues existe litisconsorcio pasivo necesario que existiría entre las demandadas y la Subtel, razón por la que, con el objeto de proteger el principio de la bilateralidad de la audiencia, la Subtel debería haber sido emplazada.

Por otra parte, sostiene que no existiría el ilícito que se le imputa, pues no es posible derivar un ilícito de la participación en un concurso público llevado a cabo válidamente por el órgano de la administración competente en la materia: i) el concurso 700 MHz constituye un



procedimiento administrativo compuesto por diversos actos administrativos, éstos gozan de una presunción de legalidad, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 19.880. De esta manera, no habiendo sido declaradas ilegales las bases, la presunción de legalidad se mantendría, por lo que Entel habría actuado bajo la confianza de tal presunción; ii) la FNE realizó una investigación al concurso 700 MHz, que en definitiva habría sido archivada ya que de los antecedentes revisados no habría observado hechos, actos o convenciones contrarias al D.L. N° 211; iii) la FNE habría participado en conjunto con la Subtel en la redacción de las Bases, con el objeto de fomentar la competencia a través de este concurso; iv) sería imposible derivar de la participación en el concurso 700 MHz un ilícito competitivo.

Bajo otra línea argumental sostiene que la conducta de acaparamiento correspondería a una conducta unilateral anticompetitiva de tipo exclusorio. En este sentido, considera que no se cumpliría ninguno de los requisitos necesarios para configurar ese tipo de abusos, puesto que no tendría una posición de dominio en el mercado de telefonía móvil. Además, la participación en un concurso público no puede constituir una conducta abusiva, sin que por lo demás, aquella haya tenido un efecto exclusorio puesto que no habría habido nadie a quien excluir. Agrega que la conducta imputada sería inepta para excluir, ya que



no sería necesario contar con espectro radioeléctrico para prestar servicios móviles. Tampoco sería aplicable en la especie la doctrina de las facilidades esenciales, porque no hay tales instalaciones dado que existen redes de otras compañías y porque tampoco habría negativa de venta.

Enfatiza que no existe un supuesto deber especial de abstención en el concurso, tanto porque su representada no tendría una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, pues compite con otras cuatro redes y compañías, como porque las Bases impusieron la obligación de realizar oferta de facilidades a los OMV.

Añade que son improcedentes las imputaciones referidas a la regulación del concurso 700 MHz, en relación al límite de 60 MHz, puesto que la sentencia de la Corte Suprema invocada por la actora tiene efectos relativos al procedimiento en el que se dictó y no generales.

Además, no es efectivo que las bases sean contrarias a la libre competencia, puesto que la exigencia de cobertura obligatoria sería parte de las condiciones que pueden imponerse para la concesión de espectro radioeléctrico; la exigencia de presentar una oferta de facilidades para OMV habría sido incorporada para fomentar la competencia en los servicios móviles; y no existiría el límite de 60 MHz, lo que habría quedado de manifiesto al tramitarse el concurso 2.600 MHz.

## **II.- Sentencia.**



El TDLC, en primer lugar, aborda la alegación de falta de legitimación pasiva esgrimida por las demandadas, rechazándola, sosteniendo que a través de la acción no se imputa una conducta relacionada con el diseño de las bases del concurso 700 MHz, en cuyo caso el sujeto pasivo legitimado no podría haber sido otro que la Subtel. Si bien la demandante menciona que las demandadas se habrían aprovechado de algunas cláusulas de dichas bases y se indican eventuales defectos específicos que éstas podrían tener, aquello no es imputado de manera directa a las demandadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, agrega, que Conadecus solicita en su demanda, entre otras medidas, que "se ponga término a la participación de las demandadas en el proceso de licitación de los 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel, por ser contrarios a las disposiciones del DL 211". Dado que esta petición sólo puede ser cumplida por la autoridad, acogerla implicaría afectar un acto administrativo de un tercero que no ha sido demandado en juicio.

Continúa refiriéndose a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por Entel, la rechaza por similares razones.

Asentado lo anterior, procede a hacerse cargo de la determinación del injusto denunciado, señalando que la



industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante el último tiempo, especialmente con la introducción de los Operadores Móviles Virtuales ("OMV"). Lo anterior ha creado un mercado de acceso a las facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a redes para prestar servicios de telecomunicaciones móviles a los consumidores finales. Por lo tanto, la industria de servicios móviles ya no está conformada por un sólo mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil sino por un mercado mayorista o aguas arriba, en el que se transa el acceso a las redes móviles; y un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles. Además, en aquellas instancias en que la Subtel licita parte del espectro radioeléctrico, este organismo hace las veces de oferente de dicho insumo y, tanto los OMR establecidos como potenciales nuevos entrantes, tienen el rol de demandantes.

En el mercado mayorista participan como oferentes aquellas empresas que cuentan con la infraestructura, inversiones en activos fijos y concesiones de bandas específicas del espectro radioeléctrico para establecer una red de telecomunicaciones móviles. Estas empresas pueden vender al por mayor los servicios que prestan o bien ofrecer sus instalaciones para que puedan ser utilizadas



por terceros que no cuentan con dicha infraestructura.

Aguas abajo, en el mercado minorista, se comercializan servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales y a otros minoristas, quienes posteriormente pueden revender dichos servicios a clientes finales. Son oferentes en este mercado todas aquellas empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes señalados, pudiendo diferenciarse entre: (i) los OMR o empresas concesionarias de bandas específicas del espectro radioeléctrico que cuentan con infraestructura e inversiones para establecer una red de telecomunicaciones móviles; y (ii) los OMV que, si bien no cuentan con toda la infraestructura y bandas del espectro que tienen los OMR, las contratan con éstos para realizar sus ofertas.

Las demandadas de autos participan en todos los mercados descritos. En consecuencia, los actos de acaparamiento demandados podrían afectar la entrada o crecimiento de competidores en los mercados mayorista (directamente, cerrando el mercado a nuevos competidores) y minorista (indirectamente, al inhibir eventualmente la entrada de nuevas empresas como OMR o como OMV) de servicios de telecomunicaciones móviles.

A la fecha de la demanda eran cinco las empresas a las que se otorgaron concesiones de espectro radioeléctrico para el desarrollo de redes de telecomunicaciones móviles en Chile: Telefónica, Entel, Claro, Nextel y VTR. Si bien



cada una de las demandadas tienen una proporción importante del espectro licitado, ninguna supera el 30%, ya sea utilizando la suma lineal de las diversas bandas del espectro o bien la suma ponderada por su valor para las empresas. Además, existen otras empresas que actúan como OMR en el mercado, de modo que las mencionadas no son las únicas que pueden realizar ofertas de facilidades en el mercado mayorista. Agrega que en términos generales las participaciones de mercado no reflejan por sí solas el poder de mercado de las firmas, razón por la que aquello se descarta en el mercado mayorista, pues es un mercado poco profundo en el que existen pocos contratos (cinco a la fecha de la demanda), cada uno de los cuales importa la incorporación de una cantidad relevante de clientes.

A continuación se analizan las condiciones de entrada a los mercados relevantes, sosteniendo que es esencial tener acceso al espectro radioeléctrico para poder participar en ambos mercados, mayorista y minorista. Sin embargo, para obtener dicho acceso en el mercado minorista no es necesario adjudicarse una o más bandas del mismo, puesto que los OMV pueden contratar con un OMR tal acceso. En este contexto refiere que en los últimos años se han producido diversos avances regulatorios que han minimizado las barreras que existían para el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mercado minorista.

De modo que, las actuales condiciones de entrada al



mercado minorista han permitido, aunque aún de manera muy incipiente, el ingreso de nuevos competidores con diversas estrategias y modelos de negocios que anteriormente no eran factibles. En efecto, donde antes era necesario realizar ingentes inversiones y contar con espectro para poder desplegar una red completa de telecomunicaciones, ahora existe la posibilidad de contratar el uso de dicha infraestructura con algún OMR, lo que ha disminuido las barreras a la entrada a este mercado y ha permitido el ingreso de OMV.

Respecto de lo señalado en la demanda, en relación a que existiría una importante barrera para entrar al mercado minorista, consistente en que las demandadas no han presentado ofertas de facilidades y reventa de planes para los OMV en los términos ordenados por la Corte Suprema en su sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la causa rol 7781-2010, señala que aquello es una conducta anticompetitiva que no ha sido demandada en estos autos y tampoco probada, por lo que no es posible determinar si las demandadas han erigido o no una barrera artificial de este tipo por medio de la negativa de contratación.

Por otra parte, el mercado mayorista se caracteriza por presentar mayores dificultades para el ingreso de nuevos competidores que el minorista, pues para participar en éste no sólo es necesario adjudicarse una concesión de espectro, sino que también deben realizarse las inversiones



en infraestructura estipuladas en las respectivas bases de licitación que, a su vez, son necesarias para desplegar una red que utilice el espectro asignado.

Agrega que se debe tener presente que, en el mercado mayorista, actualmente es importante contar con bandas como la que se concesionó en el concurso 700 MHz, pues la transmisión de datos móviles es el principal servicio utilizado por los consumidores finales.

Por lo expuesto concluye que no es posible afirmar que las demandadas, individualmente consideradas, detentan una posición de dominio en el mercado aguas arriba, la que pueda traducirse en una posición dominante en el mercado aguas abajo.

Sin embargo, se expone, atendido que el mercado mayorista tiene características oligopólicas, se deben analizar las conductas demandadas para determinar sus efectos y si ellos han sido probados por la demandante.

En relación con el "especial deber de cuidado" que tendrían las demandadas por su carácter de "superdominantes", lo descarta en atención a lo señalado precedentemente.

En relación a la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico que habría sido decretada en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema, se descarta sosteniendo que la regla general en



nuestro derecho es el efecto relativo de las sentencias judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil.

Añade que la Resolución N° 2/2005 se dictó en el marco de una consulta presentada por Telefónica referida a si el acuerdo al que había llegado con BellSouth Corporation, denominado Stock Purchase Agreement, por tanto no se vinculaba con algún concurso para asignar espectro radioeléctrico. Añade que el tenor de esta resolución y su interpretación armónica no permite deducir que el límite indicado haya sido establecido como uno general ni menos como uno relativo a la tenencia de espectro.

Tampoco la lectura e interpretación de la Sentencia de la Corte Suprema permiten inferir que el límite a la tenencia de espectro radioeléctrico establecido en ella es aplicable a otros concursos. Por una parte, el tenor literal del fallo no deja dudas que estuvo dirigida específicamente a las bandas 1700-2100 MHz objeto de la consulta que dio origen a esa causa, y a las que estaban destinadas al servicio público telefónico móvil al momento de dictarse la sentencia (esto es, 800 MHz y 1900 MHz).

Además, del análisis de las sentencias citadas, la evolución de las condiciones de mercado vigentes al momento en que ellas se dictaron también permite concluir que tales límites fueron establecidos en el contexto de ambas causas, es decir, sin efectos generales.



En conclusión, no puede sostenerse que el límite de 60 MHz fijado en la Resolución N° 2/005 en el contexto de una operación de concentración y en la Sentencia de la Corte Suprema para el concurso de las bandas de 1700- 2100 MHz (concurso 3G) tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que haya creado una situación que debió ser respetada por las demandadas en el "concurso 700 MHz".

Agrega que la imposición de un límite permanente implicaría la atribución por parte de los tribunales de justicia de una función de carácter regulatorio en un proceso contencioso como el de autos.

Respecto del acaparamiento de espectro, señala que es una categoría de comportamiento menos específica que las tradicionalmente consideradas atentatorias a la libre competencia, por cuanto se trata de juzgar una conducta en un contexto donde es la regulación la fuerza principal que configura directamente la estructura del mercado, no la demanda o la actuación estratégica de las firmas. Para que la conducta de acaparamiento imputada por Conadecus pueda ser sancionada en esta sede, es necesario acreditar que las demandadas han podido usar y han efectivamente usado el espectro de un modo estratégico para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores, cuestión que no realizó.

Añade que no ha sido presentada evidencia de que la Subtel haya investigado o abierto un procedimiento



sancionatorio en contra de alguna de las demandadas por subutilización del espectro asignado en el concurso de 2600 MHz. Además la prueba testimonial permite afirmar que el espectro está siendo utilizado, cuestión que es concordante con lo informado por la autoridad. En este mismo orden de ideas sostiene que, conjuntamente con su mayor uso, el servicio de transmisión de datos utiliza un ancho de banda mayor que el servicio de voz.

Por otra parte, las demandadas han sostenido que su participación en el tantas veces señalado concurso 700 MHz no tenía por objeto cerrar el mercado sino entregar profundidad y diversidad a sus propias redes, con el fin de mejorar la calidad del servicio entregado a sus clientes y disminuir los costos asociados al servicio, cuestión que es efectiva, toda vez que las bandas 2600 MHz y 700 Mhz son complementarias, puesto que la primera es out door, mientras que segunda otorga más cobertura indoor.

Por otra parte se sostiene que la demandante aportó prueba dirigida a acreditar la inconveniencia de la oportunidad en que la Subtel llamó al "concurso 700 MHz", materia que no puede ser juzgada en este caso, pues se refiere al actuar de la autoridad pública, que no ha sido demandada en autos.

Concluye la sentencia señalando que no existe evidencia clara y concluyente en autos de que las demandadas hayan participado en el concurso 700 MHz con el



fin estratégico de acaparar espectro y poner en peligro su uso efectivo y eficiente. Tampoco existe evidencia alguna destinada a probar los efectos exclusorios o de cierre de mercado derivadas de dicha conducta

Contra la sentencia antes reseñada, la parte demandante dedujo recurso de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que en el recurso de reclamación se exponen los siguientes cuestionamientos a la sentencia impugnada:

1) No evalúa de manera adecuada el mérito de los antecedentes, al concluir que las conductas acusadas por su representada no fueron suficientemente acreditadas, alterando el peso de la prueba. En efecto, sostiene que existen diversos pronunciamientos que establecen claros límites a la cantidad de espectro radioeléctrico que pueden detentar las empresas de telefonía móvil y los mecanismos que permiten modificar o eliminarlos, de lo que se deriva que el peso de la prueba debió haber recaído en las demandadas, quienes debían demostrar que no se han infringido tales límites, ni los mecanismos destinados a modificarlos, que emanan de las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

2) El fallo impugnado no se condice con pronunciamientos previos en relación a la conducta de acaparamiento en materia de telecomunicaciones. Tras citar



jurisprudencia señala que las demandadas de autos han atentado habitualmente contra la libre competencia, mediante la creación de diferentes barreras artificiales a la entrada en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir o dificultar el ingreso de nuevos competidores y mantener la posición de dominio colectivo que ostentan, sobre todo desde que eliminaron al cuarto competidor de peso (Bellsouth), siendo avaladas, en general, por la Subtel, que es una autoridad capturada.

Cita la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011, que condenó a las demandadas por infringir las normas de defensa de la libre competencia, al negar ofertas de facilidades para los OMV y les ordenó presentarles en un plazo de 90 días, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, fallo que hasta el día de hoy no se cumple. Se agregan diversas medidas adoptadas por la Corte Suprema que configuran advertencias a Movistar, Entel PCS y Claro y al mercado en general, para proteger la libre competencia, siendo una de las más importante la que prohibió acumular más de 60 MHz de espectro radioeléctrico, límite que no es inamovible, sino que plenamente revisable, pero para ello es preciso que se desarrolle un proceso no contencioso, dada la creciente importancia y natural escasez del espectro radioeléctrico.

**3)** Cuestiona la participación de las demandadas en el proceso licitatorio de 700 MHz, señalando que a fines de



2013, Subtel llamó a concurso público para licitar tres concesiones de telefonía móvil de cuarta generación (4G), en la banda de 700 MHz, pese a que dicha banda no es determinante para el desarrollo de las telecomunicaciones, ni existía apremio alguno para llamar al referido concurso, toda vez que las tres demandadas en autos recién estaban implementando las redes del concurso anterior que coincidentemente habían ganado.

Sostiene que es errado establecer que la imposición de un límite permanente en la tenencia de espectro, implicaría que los tribunales de justicia ejerzan una función de carácter regulatorio en un proceso contencioso, porque esa es —precisamente— la función de carácter preventivo y correctivo que, entre otros, los artículos 3° y 26 del DL 211 confieren de manera expresa al TDLC y a la Corte Suprema.

En este punto, cuestiona la aseveración respecto que no procede analizar la oportunidad ni el contenido de las bases, por cuanto la Subtel no fue emplazada, toda vez que diversas causas seguidas ante el Tribunal, al amparo del Decreto ley N° 211, han sido llevadas adelante sin que el Estado haya sido parte en ellas, no obstante lo cual implicaron profundas transformaciones en decisiones previas del Estado, con el objeto de salvaguardar la libre competencia.



En todo caso, agrega, la Subtel informó en el presente juicio y reconoció por medio de su superior jerárquico, en la Resolución Exenta N° 2.500, que resuelve recursos administrativos, que los problemas de libre competencia que pudiesen afectar al concurso de 700 Mhz se estaban revisando en las causas C-275-14 y C-271-13. Además, la referida autoridad se hizo parte en la Corte Suprema, cuando se discutió la legitimación activa en los presentes autos.

Continúa señalando que consta en el informe de los expertos Oscar Cabello e Israel Mandler, acompañado en autos, que las bases del concurso público de 700 MHz exigen que los concesionarios que resulten adjudicados elaboren ofertas de facilidades y de reventa de planes para los OMV, así como ofertas de roaming nacional para otros operadores con redes propias. Sin embargo, las ofertas mayoristas recientemente emitidas por Entel y Movistar, esta vez con motivo del concurso público de 700 MHz, vuelven a tener el mismo efecto exclusorio que las anteriores ofertas mayoristas de las tres demandadas, al ofrecer precios al por mayor que en general son más caros que los precios al detalle que ellas cobran a sus propios clientes.

Ello no sólo es un grave incumplimiento de las bases del referido concurso público, sino que es también un grave y reiterado incumplimiento de lo dispuesto por la Corte Suprema en su sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la



causa rol 7781-2010, que ordenó a las mismas tres demandadas en autos presentar esas ofertas sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, en un plazo de 90 días (que venció en abril de 2012).

Añade que hay otro antecedente igualmente grave, este es que el artículo 52 de las bases del concurso de 700 MHz señala que las concesionarias debían acompañar esas ofertas mayoristas junto con la primera solicitud de recepción de obras, para ser analizadas por Subtel, de modo de constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos en las bases. Pues bien, pese a que los precios al por mayor de esas ofertas son, por lo general, más caros que los precios al detalle, Subtel simplemente las aprobó, lo que constituye una prueba adicional de la captura del regulador.

5) No es efectivo que la adjudicación de la banda 700 sea indispensable para las demandadas, toda vez que la causa del deterioro de las redes de telefonía móvil, no es la falta de la banda 700 MHz, dado que con el espectro ya asignado a las tres demandadas -850 Mhz, 1.900 MHz y 2.600 MHz- sería suficiente si invirtieran como es debido.

Agrega que existen hallazgos recientes, informe sobre Chile de la empresa internacional Open Signal, especializada en medir la calidad y cobertura de las redes de telefonía móvil en todo el mundo, que fue dado a conocer por el diario La Tercera, que indica que la red de mejor



disponibilidad en servicios es Wom y que la red que ofrece el mejor caudal binario promedio es Claro, en circunstancias ninguna de ellas dispone por el momento de la banda de 700 MHz.

Asimismo, la Comisión Europea ha señalado recientemente que los únicos países europeos que han implementado redes en la banda de 700 MHz son Alemania y Francia, países que evidentemente demandan muchos más servicios 4G que Chile, por su población y actividad económica.

Tal información corrobora que el apuro de Subtel en el año 2013 por licitar y adjudicar la banda de 700 fue innecesario, apuro que con toda probabilidad fue inducido por las propias demandadas, soslayando un paso tan importante como era haber consultado previamente al TDLC, de modo de asegurar que los efectos del concurso de 700 Mhz fuesen realmente en pro de la libre competencia.

6) Las demandadas, al participar en el concurso público de 700 MHz sin consultar previamente al TDLC, ignoraron los límites de tenencia de espectro fijados previamente por la Corte Suprema y el especial el deber de cuidado que les asiste, aprovechando que dicho concurso fue hecho como un "traje a la medida" de ellas, por una autoridad capturada, que prefiere potenciar a estas compañías, en vez de facilitar el ingreso de nuevos competidores.



Enfatiza que las demandadas no requieren aún la banda de 700 MHz, salvo para acaparar espectro y mantener cerradas las puertas del mercado, ahora a través de ofertas mayoristas que no sirven. Explica que se demostró en autos que la capacidad de tráfico de las redes de telefonía móvil de las tres demandadas se puede aumentar perfectamente sin la banda de 700 MHz, mediante otras acciones realmente eficientes desde un punto de vista económico.

Añade que la banda de 2600 MHz, que las demandadas se adjudicaron en el año 2011, para desplegar redes de telefonía móvil 4G tiene todavía una enorme capacidad, debido a que ellas en un comienzo decidieron vender los servicios correspondientes como un producto aparte, como un nuevo servicio, "de lujo", en lugar de promover el uso de la tecnología 4G para descongestionar sus redes 3G y 2G, que hoy están visiblemente saturadas.

Refiere que la política de vender el acceso a las redes 4G como un producto aparte es una clara ineficiencia, consecuencia de la falta de competencia que hay en la industria. Agrega que vender los servicios basados en la tecnología como si fueran un servicio aparte, no es más que una clara muestra de la posición dominante conjunta de las demandadas, que pueden actuar de la manera que les parezca, independientemente de los demás actores del mercado.

7) Respecto de la existencia del límite de 60 MHz, señala que la Resolución N° 2/2005, que obligó a Movistar a



desprenderse de uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 850 MHz, que acumularía con la compra de las instalaciones de Bellsouth en Chile. El TDLC dispuso, asimismo, que el adquirente de ese bloque no podía acumular frecuencias del espectro de telefonía móvil por más de 60 MHz, a fin de evitar el acaparamiento de este recurso.

Posteriormente, en el año 2009, Subtel llamó a concurso público para adjudicar la banda de 2100 MHz para tecnología 3G de telefonía móvil. Sin embargo, mientras Subtel elaboraba las bases de este concurso consultó previamente al TDLC, quien decidió que en el concurso no resultaba procedente excluir a las concesionarias tradicionales del servicio telefónico móvil, resolución que fue reclamada por la Subtel, recurso que fue acogido, reponiendo la Corte Suprema el límite de 60 MHz, por considerar que para lograr un mercado verdaderamente competitivo se requieren varias condiciones, una de las cuales es que haya homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado. Esa acertada decisión facilitó el ingreso de dos nuevos operadores -Nextel (actual Wom) y VTR Móvil-, a un mercado que desde la desaparición de Bellsouth, luego de ser adquirida por Movistar, estaba mostrando indicios de competencia insuficiente.

En este aspecto, sostiene que en el año 2000, la Comisión Resolutiva -antecesora del TDLC- había dispuesto,



mediante Resolución N° 584, un límite de 100 MHz para las frecuencias totales susceptibles de ser asignadas a una misma empresa de telefonía fija, que luego fue aplicado por Subtel al llamar a concurso público para adjudicar la banda de 3.400 MHz para servicios de telefonía fija inalámbrica, a fin de proteger la libre competencia y evitar el acaparamiento del espectro radioeléctrico.

De este modo, los operadores dominantes, que están obligados por el especial deber de cuidado que les asiste, debieron haber consultado si luego de la creación de las bandas de 2.600 MHz y de 700 MHz, que generaban una mayor disponibilidad de espectro, era posible ampliar o eliminar el límite de 60 MHz dispuesto con anterioridad.

8) Las bases del concurso Público de 700 MHz son facilitadores de las conductas materias de autos, refiriendo que el Decreto Ley N° 211 no sólo es de obligatorio cumplimiento para los particulares, sino que también lo es para el Estado. En consecuencia, las bases del concurso público de 700 MHz debieron haber sido diseñadas para aumentar la competencia en la industria, y no para consolidar la posición de dominio de las tres demandadas, mediante un "traje a la medida". Explica que existen ciertos aspectos contenidos en las bases de los que las demandadas se sirven para acaparar espectro radioeléctrico. Uno de aquellos son las altas exigencias impuestas a los proponentes, tan elevadas que las únicas



empresas que pudieron postular -y acaparar más espectro aún- son las demandadas.

Otro aspecto relevante de las bases, es la exigencia de presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV, que no sólo es carísima, sino que además sólo abarca la red de 700 MHz, ya que ello es absolutamente insuficiente y no ayudará al desarrollo de los OMV, de modo que las demandadas no enfrentarán en definitiva una mayor competencia, como consecuencia del concurso público. Además, para un operador como Wom -que cuenta con una red propia en 2.100 MHz- las propias bases elaboradas por Subtel le niegan el acceso a 700 MHz donde tiene cobertura propia.

Por lo señalado, es necesario eliminar de las bases aquellas exigencias que impiden la participación de nuevos operadores en la licitación de 700 MHz, que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones deben ser atendidas con el mecanismo expresamente dispuesto para ello, que es el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones ("FDT").

Las amplias facultades que el Decreto Ley N° 211 le otorga al TDLC permiten que adopte medidas en relación a la licitación de la banda de 700 MHz convocada por Subtel, así no sólo pudo dar lugar a la petición segunda de su demanda, sino que adoptar todas aquellas medidas que estimare



pertinente a favor de la libre competencia, tal como lo ratifica el mismo artículo 3° del referido Decreto Ley.

Añade que los organismos de defensa de la libre competencia han considerado el servicio de la telefonía móvil como un mercado en sí mismo, sin sustitutos cercanos, en el que actualmente se incluyen prestaciones de voz, acceso móvil a Internet y servicios complementarios como SMS, y en el que la posición de dominio colectivo ha sido durante años claramente detentada por Movistar, Claro y Entel. Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido sobradamente que el principal insumo en el referido mercado relevante es el acceso al espectro radioeléctrico, que en Chile es administrado y licitado por Subtel.

10) Explica que como el límite de 60 MHz está vigente, los tres operadores dominantes deberían desprenderse de otras bandas, hasta ajustarse a dicho máximo, de modo de respetar lo dispuesto por el Supremo Tribunal. En este aspecto sostiene que de validarse la adquisición de espectro en 700 MHz, las tres demandadas quedarían cada una con alrededor de 120 MHz y excederán todavía más un límite que fue dispuesto por la Corte Suprema para proteger la libre competencia.

Puntualiza que desde el año 2005 el mercado se ha concentrado en tres operadores dominantes. Tanto es así que los nuevos operadores, en su conjunto (VTR, Wom y los operadores móviles virtuales), recién están llegando a un



5,3% del mercado, permaneciendo el 94,7% restante en manos de los tres dominantes. Al no respetar el límite de 60 MHz en la licitación de la banda de 2.600 MHz efectuada en 2011, ni en la licitación de la banda de 700 MHz de 2013, se ha vulnerado gravemente el criterio de homogeneidad en la cantidad de espectro dispuesto por el Máximo Tribunal del país, con el agravante que las mismas demandadas han aprovechado las exigencias adicionales impuestas por Subtel en las bases de la licitación, que hicieron imposible la participación de otros operadores que no sean ellas mismas.

**11)** Alega la improcedencia de la condena en costas, toda vez que los antecedentes dan cuenta de diversos aspectos del asunto controvertido planteados por las demandadas, que fueron rechazados por el Tribunal, en favor de su representada, evidencian que no fue totalmente vencida.

A mayor abundamiento, basta la sola apreciación de las decisiones y consideraciones señalados por el TLDC para asentar que su representada ha obrado de buena fe y que claramente ha tenido motivo plausible para litigar.

A ello se agrega el hecho de que CONADECUS, a diferencia de las demandadas de autos, al ser una persona jurídica sin fines de lucro, no cuenta con recursos materiales para pretender siquiera interponer demandas temerarias o infundadas, sobre todo tratándose de un



proceso particularmente oneroso, como es el previsto en el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211.

**Segundo:** Que antes de comenzar con el análisis concreto del recurso, se deben tener presentes ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, es imprescindible destacar que el Decreto Ley N° 211 tiene un carácter económico y que, entre sus objetivos, se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

El artículo primero inciso primero de la Carta Política dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". De esta forma libertad, igualdad y dignidad, además de la vida misma, son las principales garantías y derechos, consustanciales a todo individuo para desarrollarse en sociedad, conforme a la mayor realización espiritual y material posible, propendiendo siempre al bien común, para lo cual la autoridad respetará el principio de subsidiaridad, sin dejar de atender a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.



Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las



limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

**Tercero:** Que, en síntesis, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica: a) la libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o



retribución; b) el Estado tendrá siempre un papel subsidiario; c) el Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público; d) se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado; e) para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador; f) el Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; j) el Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los vinculados a las materias económicas; k) se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.



**Cuarto:** Que respecto de la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República -que se estima violentada en la reclamación en estudio- se ha dicho que "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales" Tomo II, pág. 318).

El derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites,



que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

**Quinto:** Que esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho comparado ha evolucionado en la aplicación



de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula.

En nuestro país el primer hito, está vinculado a la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959 que dispuso correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

“La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país. Acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados.”

Esta ley substancialmente dispuso: “Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún



monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales."

"Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."

Posteriormente la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley 211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:



"1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;"

"2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;"

"3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;"

"4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;"

"5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura



orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;"

"6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines."

**Sexto:** Que, el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs.



los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

**Séptimo:** Que, además, se debe tener presente que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, la que fue introducida por el



Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto.

En la sesión 338 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se advierte esta amplitud. En efecto, en estas Actas Oficiales el señor Guzmán (...) considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan. (...). El señor Guzmán propicia, no obstante la distinción entre las formas individual y asociada, incluir en el artículo la palabra empresa, que, a su juicio, tipificaría de manera muy nítida a esta garantía como diferente de la relativa de la libertad de trabajo. (...). El señor Carmona aduce que la expresión actividad económica es muy amplia, de manera que comprende la libertad de formar todo tipo de empresas. El señor Guzmán señala que su propósito tal vez podría obtenerse con una redacción que dijese: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada, y a través de cualquier tipo "género" de empresas (...). En síntesis, la primera parte de la disposición queda aprobada en los siguientes términos: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica sea en forma individual o asociada.



**Octavo:** Que una vez asentadas las ideas anteriores se debe tener presente lo dispuesto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que 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 preventivas, 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 impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*

*a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.*

*b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto,*



*asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

*c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*

**Noveno:** Que, asentado el marco jurídico que regula la materia, conviene realizar ciertas precisiones respecto de la industria de las telecomunicaciones, que en los últimos años, como lo reconoce el fallo impugnado, ha presentado cambios sustanciales.

En efecto, en el año 1982 se dictó la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (LGT), que tiene por objeto terminar con el monopolio de las redes de telecomunicaciones que hasta ese entonces estaba en manos de la Compañía de Teléfonos de Chile (CTC) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), la primera era una empresa que si bien nació como una inversión privada, en el año 1971, quedó bajo el control del Estado, siendo la encargada de atender la telefonía local, mientras que la segunda era una empresa estatal, encargada de la de larga distancia e internacional. A través de la mencionada ley se buscó fomentar la competencia, abriendo el mercado a nuevos partícipes, comenzándose el proceso de privatización de ambas empresas.

El desarrollo de la telefonía móvil comienza a fines de los años ochenta, con la licitación de dos concesiones



de la banda de 800 MHz. Luego, en 1996 se licitan tres concesiones en la banda de 1900 MHz para la telefonía móvil digital. Se continúa luego con la licitación de la banda 2100 MHz en el año 2009, banda 2600 MHz en el año 2011 y 700 MHz en el año 2013.

Interesa destacar que desde la dictación de la Ley N° 18.168 hasta la fecha, han existido importantes pronunciamientos de la Comisión Resolutiva, en su época, y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los que han aplicado la normativa contenida en el Decreto N° 211, velando porque se cumplan los objetivos consagrados en ese cuerpo normativo que, como se ha señalado, establece una regulación que pertenece al orden público económico y que, en consecuencia, debe ser respetado en el desarrollo de toda actividad económica.

Es en este contexto que destacan tres sentencias que han sido citadas por la demandante:

a) Resolución N° 584, de la Comisión resolutiva, dictada en el año 2000, que estableció un límite de 100 MHz para las frecuencias totales susceptibles de ser asignadas a una misma empresa de telefonía fija medida que se adoptó para proteger la libre competencia en el mercado.

b) Resolución 2/2005, del TDLC, que se pronuncia en el marco de la consulta de la fusión de Bellsouth con Telefónica Móviles, que buscaba determinar si el acuerdo entre las dos compañías infringía o no las disposiciones



del Decreto Ley N° 211, la aprobó con condiciones, toda vez que estableció que existía el riesgo de reducir el nivel de competencia. Entre las condiciones impuestas estaba que Telefónica Móviles debía vender mediante licitación pública, a terceros no relacionados, uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz. Asimismo se determinó que el comprador de ese bloque, en caso que fuese una empresa que a esa fecha operase en el mercado chileno de telefonía móvil, no podía acumular frecuencias del espectro por más de 60 MHz.

La decisión antes expuesta determinó que el bloque de 25 MHz de la banda 800 se licitara públicamente, adjudicándosele Claro, que a la fecha tenía 30 MHz en la banda 1900 Mhz.

c) Resolución 27/2008 del TDLC: el pronunciamiento tiene su origen en la solicitud de la Subtel respecto de si correspondía establecer algún tipo de exclusión, restricción o requisito específico a la participación de Telefónica, Entel y Claro, que a la fecha eran concesionarios del servicio telefónico móvil, en el concurso público para licitar la banda 2600, destinada al servicio de telefonía móvil digital avanzado (3G).

El TDLC se pronunció negativamente respecto de la consulta, señalando que era improcedente restringir la participación de las empresas en virtud de lo establecido en el artículo 2 de la ley N° 18.168. Tal decisión fue



revisada por esta Corte, en virtud de la reclamación deducida por la Subtel, decidiendo en aquella oportunidad que se debía respetar el límite de 60 MHz de cantidad de espectro radioeléctrico que podía tener cada operador.

Específicamente, la referida sentencia (CS N° 4797) señala: *"DECIMO SEPTIMO: Que respecto de esta segunda medida se debe asentar, en primer término, que la resolución reclamada identifica como la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Como se ha dicho, no sólo constituye el insumo esencial para la provisión de ese servicio o producto, sino que también la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los servicios y su calidad. De ello se sigue que una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado;*

*DECIMO OCTAVO: Que cabe destacar que los menores costos para ofrecer telefonía móvil que surjan por el hecho*



*de estar algún oferente en posesión de un mayor bloque de espectro fueron resaltados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia, al consignar que "Por todo lo anterior, este Tribunal es de la opinión que el espectro radioeléctrico, además de constituir una barrera de entrada, incide en la estructura de costos de los operadores incumbentes y, con ello, en la intensidad de competencia en el mercado relevante. Así las cosas, un entrante que se adjudique una porción de espectro menor que la de los operadores incumbentes deberá enfrentar mayores costos de inversión y de operación que éstos para un mismo nivel de cobertura y tráfico";*

*DECIMO NOVENO: Que en los mercados relevantes al concurso consultado, esto es, telefonía móvil y banda ancha móvil, los actuales oferentes son únicamente Entel PCS, que posee concesiones de 60 MHz en la banda de 1.900 MHz, Movistar y Claro, ambas con 30 MHz en esa misma banda y 25 en la de 800 MHz, constituyendo la disponibilidad del espectro radioeléctrico una barrera insoslayable para la entrada a esos mercados y que, además, determina los costos de prestar dichos servicios. En otras palabras, el espectro radioeléctrico es imprescindible para prestar los servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil, de modo que el que no accede a él no puede prestarlos, y quien lo posee en mayor cantidad que otro puede operar con ventajas competitivas;*



*VIGESIMO: Que tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios;*

*VIGESIMO PRIMERO: Que, de este modo, las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones móviles, evitando que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en este mercado de manera eficaz;*

*VIGESIMO SEGUNDO: Que, sobre la base de lo referido, resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia;*



*VIGESIMO TERCERO: Que, por tanto, esta Corte optará por establecer límites en la tenencia de espectro de que puede disponer un operador que participe en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, cautelando el uso efectivo del espectro radioeléctrico y la necesaria homogeneidad en la distribución del mismo, toda vez que no se advierte cómo una condición que apunte a buscar simetría en las porciones de espectro pueda afectar el grado de competencia en el concurso;*

*VIGESIMO CUARTO: Que conforme a los antecedentes técnicos acompañados a estos autos, ha de concluirse que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas destinadas actualmente a comunicaciones móviles, debiendo ellos desprenderse en su oportunidad de aquella cantidad que exceda de dicho límite máximo."*

Se consigna en el punto B) de lo resolutivo: "Se reemplaza la condición segunda por la siguiente: "La consultante, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley, deberá subdividir la banda de frecuencia de 1710-1755 MHz y 2110- 2155 MHz en un número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles, también denominados de 3G, con cobertura nacional. En las bases del concurso a que se llame para otorgar las



*concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante -considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045- podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas de 800 y 1.900 MHz. En las mismas bases deberá consignarse que si la cantidad de espectro radioeléctrico detentado por alguno de los actuales operadores llegare por la misma vía a exceder el límite fijado de 60 MHz, éstos deberán desprenderse en alguna de las formas que permita la ley de la cantidad de espectro que sea necesaria para ajustarse al límite establecido. La cantidad de espectro de que las empresas se desprendan en razón de lo resuelto anteriormente deberá ser objeto a su vez de una licitación abierta para terceros no relacionados con ellas o de un concurso público, según corresponda, en la oportunidad y dentro del plazo que al efecto determine la respectiva autoridad administrativa en las bases del concurso público motivo de esta consulta. En el evento que los futuros adjudicatarios de las cantidades de espectro de que se desprendan las empresas que las detentaban lleguen a ser*



*titulares de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, deberán ellos a su vez desprenderse de la cantidad que exceda dicho límite””.*

**Décimo:** Que, previo al análisis específico de la sentencia antes reproducida, sobre cuya base se erigió la demanda y también la reclamación en estudio, resulta imprescindible recapitular cuestiones esenciales relacionadas con la industria de las telecomunicaciones.

Como se sabe, el espectro radioeléctrico constituye un bien natural escaso que es imprescindible para la prestación de un servicio público que es concesionado a privados a través de licitaciones que se adjudican por medio de concursos públicos llevados a cabo por la autoridad sectorial, esto es la Subtel.

En el desarrollo de tales concursos, la autoridad debe velar no sólo por el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones sino que también por el cumplimiento de las normas que garantizan la libre competencia, atendido el referido carácter de norma de orden público económico.

Hasta la fecha, para la prestación de servicio de telefonía móvil, existen cinco bandas disponibles en el país:

BANDA	AÑO DE LICITACIÓN
800 MHz	1989
1900 MHz	1996
2.100 MHz	2009



2600 MHz	2011
700 MHz,	2013

La titularidad de las concesiones, en el escenario vigente a la fecha de pronunciarse el presente fallo, se distribuye de la siguiente forma:

**a) Telefónica:**

1)	25 MHz en la banda 800 MHz
2)	30 MHz en la banda 1900 MHz.
3)	40 MHz en la banda 2600.
3)	20 MHz en la banda 700.
<b>Total</b>	<b>115 MHz</b>

**b) Entel:**

1)	60 MHz en la banda 1900 MHz
2)	40 MHz en la banda 2600.
3)	30 MHz en la banda 700.
<b>Total</b>	<b>130 MHz</b>

**c) Claro:**

1)	25 MHz en la banda 800 MHz
2)	30 MHz en la banda 1900 MHz.
3)	40 MHz en la banda 2600.
4)	20 MHz en la banda 700.
<b>Total</b>	<b>115 MHz</b>

**d) VTR:**

1)	30 MHz en la banda 2.100 MHz.
----	-------------------------------

**e) Nextel:**

1)	60 MHz en la banda 1900 MHz.
----	------------------------------



Se debe destacar que el ingreso como Operadora de Red de VTR y Nextel se debió al pronunciamiento de la sentencia C.S 4797-2008, reseñada en el fundamento noveno precedente, toda vez que la imposición del límite de 60 MHz como máximo del espectro radioeléctrico determinó que las demandadas de autos decidieran no presentarse a la licitación la que fue adjudicada a las primeras nombradas, manteniendo en su poder el espectro radioeléctrico que les había sido concesionado con anterioridad.

Lo anterior determina que las cinco operadoras de red tengan las siguientes participaciones en el mercado mayorista:

Entel	29%
Telefónica	27%
Claro	26%
VTR	6%
Nextel	12%

**Undécimo:** Que el TDLC funda la decisión impugnada señalando que el mercado de las telecomunicaciones ha experimentado cambios a partir de la introducción de las OMV, cuestión que determinó la existencia de un mercado de acceso a facilidades de telecomunicaciones, razón por la que en la actualidad no es imprescindible contar con una red para participar en él, admitiendo así que las redes



tienen el carácter de facilidades esenciales. Ahora bien, es el propio tribunal el que reconoce que el ingreso de las OMV ha sido mucho más lento de lo esperado.

Lo anterior es relevante para el análisis específico de las conductas que son atribuidas a las demandadas. En efecto, más allá de las dificultades que puedan haber enfrentados las OMV, que es una materia que no es parte de esta causa, por el contrario, tal como lo expresa el TDLC, aquello fue demandado en otros autos, existiendo a la fecha recursos pendientes que debe resolver esta Corte, lo cierto es que tal circunstancia obliga a examinar con especial detención la estructura y el comportamiento del mercado.

**Duodécimo:** Que, tal como se señala en el fallo recurrido, 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.

Las demandadas tienen presencia en ambos mercados, cuestión que es trascendente, toda vez que determina la existencia de la integración vertical entre los operadores de redes, puesto que en la realización de su actividad económica están en relación de compradores o proveedores entre sí, integrando los diferentes mercados aguas arriba y



aguas abajo. Respecto de esta figura se ha señalado: "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" (Tovar Mena, Teresa V., "Las telecomunicaciones y la libre competencia: un marco analítico básico", Revista Ius et veritas, N° 28, año 2004, p. 140)

En efecto, en el mercado aguas arriba las demandadas son oferentes, pues cuentan con infraestructura y concesiones de bandas del espectro radioeléctrico. Así, como lo establece la sentencia impugnada, pueden vender al por mayor el servicio que prestan y además pueden ofrecer sus instalaciones a las OMV. Asimismo, aguas abajo, las demandadas comercializan servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes finales y a otros minoristas.

Expone la autora antes citada: "Para paliar los potenciales efectos adversos de la integración vertical, el marco regulatorio establece el principio de neutralidad. Por este principio, la empresa que controla los mercados verticalmente, 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 (subsidios cruzados) sino que debe actuar en cada mercado como si no tuviera actuación en el otro u otros". (op. cit.).



**Décimo tercero:** Que, asentado lo anterior, cabe señalar que el TDLC ha descartado que las empresas demandadas tengan una posición de dominio en el mercado relevante de las telecomunicaciones ello en atención al porcentaje del mercado que cada una maneja individualmente. Sin embargo, esta Corte no comparte tal apreciación, puesto que son varios los factores, estructurales y de conducta, que determinan que una empresa se encuentre en una posición de dominio, entre los que cabe destacar la existencia de barreras de entrada.

Respecto de esta materia se ha señalado: "Una barrera de entrada puede definirse como el costo en que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado y que implica en una distorsión en la asignación de recursos" (Germán Coloma, "Defensa de la Libre Competencia", pág. 53). Las barreras de entradas en este mercado se relacionan con las ventajas de costos de las empresas establecidas, relacionadas con las economías a escala y con los costos hundidos, cuestión que dificulta el ingreso de desafiantes en atención al alto costo de inversiones que se deben realizar, barreras que siguen existiendo si lo que se quiere es ingresar al mercado mayorista.

Es así como, en la especie las demandadas si bien no alcanzan individualmente el 30% de participación en el



mercado, lo cierto es que su participación es altísima, si se considera que los únicos dos desafiantes manejan cifras sustancialmente menores de participación, la que sólo se obtuvo gracias a la imposición del límite de posesión del espectro radioeléctrico en la licitación de la banda 2.600 (3G). En efecto, las tres demandadas manejan en forma conjunta el 83% del mercado, circunstancia que determina la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del 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 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.

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. En este aspecto, se debe enfatizar que en el panorama descrito da cuenta de la importancia que aún el escenario actual reviste la posibilidad de adjudicarse bandas y operar como OMR. 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.

En razón de lo anterior se debe analizar en profundidad si las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva que les permitiría seguir gozando de la posición de dominio en el mercado mayorista, al cerrarlo a nuevos competidores, teniendo presente que, como se señaló, el manejo del mercado mayorista deja a los incumbentes 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 las demandas en el último mercado, es el siguiente:

TELEFÓNICA	38,32%
ENTEL	36,52%
CLARO	22,53%
TOTAL	97,37

En cuarto lugar se encuentra Nextel con un 1,24% de participación en el mercado minorista. Luego le siguen 7 empresas, todas con una participación inferior al 1%.

Así, la exposición de la participación en el mercado mayorista y minorista, la efectividad de tener estas características oligopólicas y la existencia de barreras de



entrada, permite aseverar que las tres demandadas tienen a la fecha una posición de dominio. Es en este contexto que debe analizarse aquello que reviste la base angular de lo que fue demandado en autos y que constituye la base medular de la reclamación incoada, esto es la existencia de un límite de espectro radioeléctrico que pueden adjudicarse cada uno de los partícipes en el mercado mayorista de las telecomunicaciones.

**Décimo cuarto:** Que, de lo reseñado en el fundamento noveno precedente fluye que históricamente, desde que se abre el mercado de las telecomunicaciones a la participación de entes privados, la autoridad ha impuesto limitaciones a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los incumbentes puede poseer. Así se determinó la existencia del límite de 100 MHz, por la Comisión Resolutiva en la Resolución N° 584.

Luego, el TDLC en la Resolución 2/2005, determinó, en el marco de la aprobación de la fusión Telefónica-Bellsouth, que cada uno de los partícipes en el mercado nacional podía poseer un máximo de 60 MHz, toda vez que estableció que ninguno de los adquirientes del bloque que debía vender telefónica podía superar tal restricción.

Ahora bien, elocuente es el tenor de la sentencia dictada por esta Corte en los autos Rol N° 4797 (Resolución 27 del TDLC), que estableció, en el marco de la consulta respecto de las bases de licitación del concurso 3G, la



restricción de 60 MHz como cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los operadores puede poseer, refiriendo expresamente que esta limitación es necesaria para incentivar su uso eficiente del recurso y garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones.

Destaca el fallo que la homogeneidad de la cantidad de espectro es relevante para imprimir competencia, puesto que la circunstancia que un operador tenga mayor cantidad de espectro radioeléctrico frente a sus competidores derivará en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado, cuestión trascendente si se observa que después de la licitación de la banda 700, las demandadas quedan con una cantidad de espectro radioeléctrico de 150 MHz (Entel), 115 MHz (Movistar) y 115MHz (Claro), frente a los 60 MHz de Nextel (Wom) y 30 de VTR. Así, se observa no sólo un problema relacionado con la entrada de nuevas OMR, sino que además cabe preguntarse qué capacidad real de competencia en el mercado mayorista tienen WOM y VTR, dada la diferencia de espectro radioeléctrico que cada uno de los incumbentes posee, cuestión que incide directamente en los costos para ofrecer telefonía móvil.

Así, es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que el límite máximo de cantidad de espectro



radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro, pues claramente a ello se refiere al establecer que el límite debe ser respetado por los actuales operadores como los que ingresen al mercado a futuro.

**Décimo quinto:** Que la evolución del Derecho de la Competencia en nuestro país ha tenido particularidades propias, puesto que el control del mercado ha quedado al amparo de una jurisdicción contencioso administrativo especial. Sin embargo, sus determinaciones, al estar dirigidos a modelar la conducta de los distintos actores en el mercado o en un mercado relevante determinado, conforme lo cual no está en lo cierto el tribunal recurrido al pretender restringir los efectos de las determinaciones que se adoptan según lo dispone el artículo 3° del Código Civil, puesto que las decisiones jurisdiccionales en este caso están dirigidas a tener vigencia en el tiempo y en el mercado específico al que se refieren, en tanto no sean alteradas por una determinación de igual naturaleza, las que, por consiguiente, corresponde sean observadas por la autoridad sectorial respectiva y los incumbentes en esa actividad económica.



**Décimo sexto:** Que en este escenario, esto es, estando determinada la existencia del límite de espectro radioeléctrico, debe analizarse la conducta en la que incurrieron las demandadas al participar y adjudicarse espectro sin acatar la clara decisión de establecer la restricción referida.

En esta labor, no puede soslayar esta Corte que la autoridad encargada, esto es la Subsecretaría de Telecomunicaciones, hizo caso omiso de la decisión de este tribunal, no sólo en la licitación de la banda 700, sino que además, con anterioridad, licitó la banda 2600 sin consultar previamente al TDLC, cuestión que era imprescindible, para permitir la participación de las demandadas sin exigir que previamente se desprendieran de la cantidad de espectro que pretendían adjudicarse si superaba los 60 MHz. En efecto, establecido el referido límite, con un carácter general, la autoridad sectorial, si estimaba que tal restricción no se justificaba atendida las características actuales del mercado, debió iniciar la consulta para que así lo estableciera el TDLC. Así, sólo en el marco de una consulta previa se pudo haber eliminado la restricción de 60 MHz o se pudo establecer un límite superior.

Si bien es cierto que la autoridad sectorial consultó a la Fiscalía Nacional Económica respecto de si las bases del concurso 700 tenían aspecto anticompetitivo, cuestión



que ésta descartó, lo cierto es que aquello no es más que el reflejo del errático actuar de las autoridades encargadas de velar por el acceso igualitario al mercado de telecomunicaciones, pues la restricción de los 60 MHz, fue dispuesta para tales fines, toda vez que de no existir aquel, sólo las incumbentes se encontrarían en condiciones de seguir asignándose espectro radioeléctrico.

**Décimo séptimo:** Que, continuando con el análisis, se debe enfatizar que el límite de 60 MHz, vigente a la época de llevarse a cabo el concurso de la banda 700, era una información con la que contaba no sólo la autoridad, sino que también las demandadas, toda vez que aquellas fueron parte del proceso en que se estableció. Así, a juicio de esta Corte, las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse la banda 700, que motiva los presentes autos, puesto que su actuar se encuadra en la hipótesis genérica contenida en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pues implica la realización de una conducta que, atendida las actuales condiciones del mercado mayorista, restringe o perturba la libre competencia.

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.

Por otro lado, se debe ser enfático en señalar que la sentencia antes referida no impidió a las empresas demandadas participar en el concurso, sino que al establecer el límite de 60 MHz, determinó que si aquellas pretendían adjudicarse algún bloque licitado, previamente debían desprenderse de todas aquellas bandas necesarias para que con la nueva adjudicación no se superaran los 60 MHz.

En efecto, las demandadas para participar en el concurso 700, debieron previamente deshacerse de aquellas bandas que fueran prescindibles o iniciar el proceso de consulta respectivo para dejar sin efecto el límite antes referido, proceso en el que igualmente se pudo establecer que el límite de posesión de espectro radioeléctrico, atendida las actuales características del mercado, es mayor a aquel que se encuentra vigente, cuestión que les hubiera permitido adjudicarse libremente los bloques licitados, sin incurrir en una conducta anticompetitiva.

**Décimo octavo:** Que, asentado lo anterior, se debe enfatizar que es irrelevante analizar en el caso concreto



si se dan los requisitos del acaparamiento con fines exclusorios, toda vez que aquello sólo es importante en la medida que exista un mercado en que no hay límites a la posesión de cada partícipe de espectro radioeléctrico, pues es allí donde se deben analizar si las adjudicaciones tiene fines netamente exclusorios al poseer los incumbentes bandas suficientes para prestar un servicio de calidad.

En efecto, al estar vigente un límite de espectro radioeléctrico como una medida necesaria e imprescindible para la competencia del mercado de que se trata, el sólo desconocimiento de aquello por parte de los actores permite configurar la conducta anticompetitiva, toda vez que es inconcuso que la medida fue dispuesta para impedir el acaparamiento, permitiendo el acceso de nuevos desafiantes, imprimiendo competencia en un mercado que presenta grandes riesgos o peligros para aquella.

**Décimo noveno:** Que, por otro lado, es importante destacar que si bien en la reclamación se cuestionan las bases de licitación, lo cierto es que la sentencia impugnada erradamente señala que no se pueden realizar declaraciones en torno al concurso 700, toda vez que el organismo público no fue emplazado. En efecto, tal declaración encierra una confusión, toda vez que las medidas que eventualmente se pueden adoptar en el marco de una causa en que se establece la existencia de un ilícito anticompetitivo, no sólo deben estar estrictamente



relacionadas con aquellos que son parte del juicio, sino que aquellas pueden ser tan amplias como sea necesario para efectos de restablecer el imperio de la libre competencia que se ha visto o se puede ver afectado.

En este escenario, resulta imperioso recordar que la Subtel es la autoridad reguladora en el marco de las Telecomunicaciones, por lo que es a ella a quien le corresponde velar no sólo por el cumplimiento de la Ley N° 18.168 y el Decreto Ley N° 211, sino que también por el respeto de la libre competencia, puesto que, como se ha señalado en este fallo, el ordenamiento jurídico es un todo, en que los diversos cuerpos legales deben engranarse de tal forma que se eviten fricciones entre ellos, sin que se pueda desconocer que el Decreto Ley N° 211, contempla normas que forman parte del orden público económico que no sólo los particulares están llamados a respetar, sino que también aquellas deben ser cumplidas por los órganos públicos.

Por lo demás, se debe precisar que si bien la Subtel no fue emplazada en estos autos, esto se debe a que la demandante no le atribuyó a ella directamente la comisión de un ilícito anticompetitivo, sin embargo, lo cierto es que aquella ha sido escuchada, toda vez que en su carácter de autoridad sectorial se le han requeridos múltiples informes respecto de las materias que formaron parte de la controversia. Es más, incluso la autoridad reguladora se



hizo parte, según consta a fojas 1630, de modo que, en abstracto, no se observan razones para no hacer lugar a las peticiones relacionadas directamente con el "concurso 700".

**Vigésimo:** Que, esclarecido lo anterior, se debe señalar que si bien se asentó la existencia de una conducta anticompetitiva de las demandadas, atendido que con pleno conocimiento de la existencia del límite de espectro de radioeléctrico que cada una podía poseer que ascendía a 60 MHz, procedieron a participar y adjudicarse los bloques relacionados con la licitación de la banda 700, excediendo largamente la restricción impuesta, casi duplicando el límite máximo en el caso de Movistar y Claro y sobrepasando el doble en el caso de Entel, no puede soslayarse que aquello fue permitido por la autoridad reguladora, quien debió haber previsto expresamente tal limitación en las bases de licitación, cuestión que no realizó, razón por la que en la especie se justifica no imponer multas a las demandadas.

**Vigésimo primero:** Que, asimismo, al establecer las medidas concretas que permitan devolver el estado de equilibrio al mercado, eliminando el daño actual o eventual, que puede producir la actuación de las demandadas, se tendrá en consideración que el examen de la conducta constatada en autos no se puede extender a la licitación de la banda 2600, por cuanto la competencia está dada en este procedimiento sólo en relación al concurso de



la banda 700, cuestión que será considerada al disponer las medidas concretas, sin perjuicio de la adecuación pertinente que se expresará.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 3 y 18 del Decreto Ley 211 de 1973, **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 Movistar, 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 radioléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada;

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.

Acordado con el **voto en contra** de los Ministros señora Sandoval y señor Aránguiz, quienes fueron de la opinión de rechazar la reclamación deducida por Conadecus, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) Que la sola exposición del arbitrio deja al descubierto que el cuestionamiento principal esgrimido por la demandante se relaciona exclusivamente con el contenido de las bases de licitación del concurso de la banda 700, las que no han sido preparadas por las demandadas, sino que aquellas las impone la autoridad que por ley es la encargada de regular el uso del espectro radioeléctrico, esto es la Subtel, sin que ésta fuera emplazada en autos, cuestión que restó viabilidad a la demanda de Conadecus desde un comienzo. Así, todos aquellos cuestionamientos relacionados con el contenido de las bases de licitación, resultan intrascendentes a la hora de juzgar la conducta de las demandadas.

Es más, fluye del escrito de reclamación que lo cuestionado es la oportunidad en que la Subtel decidió licitar la banda 700, materia que no puede ser revisada por el tribunal, puesto que la oportunidad y conveniencia de



licitar, son aspectos que la propia ley ha entregado a la discrecionalidad de la autoridad, razón por la que tales aspectos escapan al análisis específico que debe realizarse en sede de libre competencia.

2) Que no resulta efectivo que el TDLC no haya analizado el mérito de los antecedentes, toda vez que, por el contrario, existe un examen minucioso de todos los antecedentes que fueron incorporados en autos. Así, el recurrente manifiesta una disconformidad con la valoración de la prueba, que como se sabe, en sede de libre competencia se aprecia según lo dispone el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Se ha dicho que aquella compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados, y que corresponden a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Conforme a este sistema el análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto la que sustenta la convicción como aquella que es descartada.

Es en este escenario que quienes sostienen este voto,



comparten plenamente al análisis de la prueba realizado por el TDLC, pues en los hechos, la prueba que el reclamante estima no fue ponderada, se relaciona con noticias de periódicos, las que dan cuenta de opiniones personales de las personas que dan la entrevista, sin que aquello pueda tener el peso esgrimido por la reclamante, máxime si se considera que, además, aquellas se relacionan con la oportunidad de la licitación y el contenido de las bases, materias que, como se señaló, pueden ser analizadas en autos.

Se acusa, además, una inversión del peso de la prueba, sosteniendo que eran las demandadas quienes debían probar que no existía un límite a la posesión de espectro radioeléctrico de cada uno de los partícipes en el mercado, razonamiento que es erróneo, pues quien sostuvo la existencia de esta restricción es Conadecus, razón por la que es ella quien debía probarlo, sin perjuicio que no es posible observar qué prueba debería haberse rendido al efecto, si la existencia de tal límite es sostenido por la actora a partir de lo dispuesto en la sentencia recaída en los autos CS N° 4797-2008, razón por la que el asentamiento de la existencia del límite sólo se vincula con la interpretación del referido fallo.

**3)** Que, por otro lado, a juicio de quienes emiten este voto particular, no existe una restricción a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada incumbente puede poseer,



toda vez que la sentencia recaída en los autos rol N° 4797-2008, estableció tal límite exclusivamente para la licitación de la banda 2100 (3G), sin que éste pueda ser considerado como un límite general que rebasó el referido concurso, no sólo por impedirlo el artículo 3° del Código Civil, sino porque además no pueden los tribunales de justicia atribuirse competencias de las que carecen. En efecto, estimar que el límite de 60 MHz se impuso como una medida general para el mercado de las telecomunicaciones, implica admitir que esta Corte reguló el mercado a través de una sentencia, cuestión que resulta inadmisibles.

**4)** Que, determinado como está, que no existe un límite permanente de posesión de espectro radioeléctrico a los partícipes del mercado de las telecomunicaciones, resulta inconcuso que la prueba rendida no permite establecer la conducta anticompetitiva atribuida a las demandadas, esto es el acaparamiento con fines exclusorios, toda vez que las demandadas se presentaron a un concurso abierto por la Subtel, realizando sus propuestas y adjudicándose bloques de la banda 700, de una manera transparente.

En este orden de consideraciones, se debe destacar que, por el contrario, en estos autos existe prueba suficiente respecto que las demandadas tenían la necesidad de adjudicarse bloques de la banda 700, toda vez que ésta es complementaria de la banda 2600 que se adjudicaron en el año 2011, toda vez que la banda 700 tiene mayor cobertura



in door, mientras que la otra destaca por su mejor cobertura out door.

Tampoco se ha rendido por la demandante, prueba que acredite que las demandadas puedan dar el servicio de transmisión de datos de manera eficiente en las otras bandas que poseen, cuestión que era imprescindible para configurar el ilícito de acaparamiento con fines exclusorios.

5) Que, además, todas aquellas argumentaciones relacionadas con supuestas prácticas anticompetitivas de las demandadas en relación al incumplimiento de la sentencia que estableció la obligación de presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV, deben ser rechazadas de plano, toda vez que aquello no fue demandado en autos, estando su conocimiento radicado en una causa distinta a esta.

6) Que, por otra parte, aún cuando se considerara que efectivamente la sentencia 4797-2008 estableció un límite de 60 MHz con carácter general, lo cierto es que igualmente no se podría establecer que las demandadas incurrieran en una conducta anticompetitiva, toda vez que aquellas sólo han participado en un concurso público abierto por la autoridad sectorial, razón por la que no se puede configurar el elemento subjetivo del ilícito anticompetitivo.

En efecto, la sola circunstancia que las demandadas ostenten poder de mercado no configura una infracción a la



libre competencia, toda vez que las conductas proscritas se relacionan con un abuso de aquel poder, cuestión que no se configura en la especie, desde que las demandadas participan y se adjudican una banda de espectro radioeléctrico en una licitación que es preparada por el órgano competente, cuyas bases fueron revisadas por la FNE, quien estimó que éstas no tenían elementos anticompetitivos, tomando razón de ella la Contraloría General de la República, que tomo razón de aquellas.

Las mismas razones expuestas son suficientes para descartar la responsabilidad de las demandadas sobre la base de la doctrina relacionada con el "especial deber de cuidado" esgrimido por la reclamante, sin que siquiera sea necesario analizar la procedencia de su aplicación en la legislación nacional, toda vez que aquella ha sido recepcionada en la jurisprudencia europea, siempre relacionada con empresas que tienen cuotas de mercado superiores al 90%, cuestión que no se configura en la especie.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del Ministro señor Muñoz y del voto en contra, sus autores.

Rol N° 73.923-2016.



Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Carlos Cerda F., y Sr. Jorge Dahm O. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Cerda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 25 de junio de 2018.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Maria Eugenia Sandoval G., Carlos Ramon Aranguiz Z., Jorge Dahm O. Santiago, veinticinco de junio de dos mil dieciocho.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veinticinco de junio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

