

Santiago, siete de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos Rol N° 119.432-2023, caratulados "WOM S.A. CON TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA", Wom S.A. presenta reclamación respecto de la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 6 de enero de 2023 que, acogiendo un recurso de reposición, hace lugar a la solicitud de aclaración presentada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) respecto de la Resolución N° 62, dictada por el mismo tribunal el 31 de agosto de 2020, sólo en cuanto se aclara que su Resuelvo N° 2) se limita a la ejecución de las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 (Congelamiento) y N° 1.953/2018 (Complementaria), por lo cual, una vez que estas han perdido su vigencia, dicho resuelvo no restringe la facultad de la autoridad de modificar concesiones vigentes, en la medida en que lo permita la normativa sectorial aplicable.

Se trajeron autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, previo a la exposición de la reclamación, resulta imprescindible exponer los antecedentes del contexto de aquella.

A.- Debido a las necesidades vinculadas a la utilización de la banda 3.5 para prestar servicios 5 G,



la Subtel dictó, el 19 de junio de 2018, la Resolución N° 1.289/2018 denominada de "Congelamiento", estableciendo que en la banda de frecuencias 3.400-3.800 MHz no se otorgarán nuevas autorizaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, recepciones de obra y tampoco se autorizarán modificaciones para las autorizaciones ya existentes.

Además, se consignó la suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encuentre autorizado en dicha banda, los que deberán ser prestados por los respectivos operadores en las bandas de frecuencias que indica para cada operador, a través de medios propios o de terceros, para lo cual deberán solicitar las respectivas autorizaciones provisorias.

Luego, el 28 de septiembre de 2018, la Subtel dictó la Resolución N° 1.953/2018 denominada "Complementaria", estableciendo las siguientes excepciones a la resolución de congelamiento:

i) Los servicios públicos e intermedios para hacer uso de las bandas de frecuencias que señala, en las cuales los respectivos operadores podrán prestar exclusivamente servicios fijos inalámbricos en conformidad con la normativa vigente;

ii) Las autorizaciones otorgadas respecto de equipos de transmisión de datos de servicio fijo inalámbrico en



la banda de frecuencias 3.650-3.700 MHz; y

iii) Los servicios fijos por satélite autorizados en la banda 3.700-3.800.

A continuación, agrega que la posibilidad de solicitar nuevas concesiones para prestar servicios móviles en las bandas exceptuadas conforme al numeral i) anterior, regirá a contar de la fecha en que se encuentre firme la resolución de adjudicación del concurso para asignar concesiones o permisos para prestar servicios móviles en las bandas de frecuencia entre 3.400-3.800 MHz, fecha a partir de la cual la Resolución Complementaria dejará de regir.

B.- Movistar dio inicio a un procedimiento consultivo, conforme con el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, (DL N° 211) con el objeto que el TDLC determinara si la ejecución de la Resolución de Congelamiento y la Resolución Complementaria dictadas por Subtel, respecto del uso y goce de la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz, podrían infringir las normas que protegen la libre competencia y, en la afirmativa, bajo qué condiciones deberían ejecutarse para no infringir el D.L. N°211.

Postulaba, en lo medular, que las resoluciones podían generar efectos anticompetitivos en la medida los servicios que se estima quedan exceptuados difieren del servicio público telefónico local inalámbrico, que sería



el servicio originalmente concesionado, pues incluyen servicios de Internet banda ancha. Argumentó que la Resolución Complementaria podría infringir la Resolución N° 584, en el entendido que ésta restringió el servicio a otorgar en la Banda 3.5 al servicio público telefónico local y que, a su vez, la Resolución Complementaria permitiría a los adjudicatarios de dicha Banda desplegar de forma adelantada infraestructura compatible con la red 5G, lo que podría configurar un ilícito anticompetitivo exclusorio en su favor, toda vez que contarían con una ventaja irrepllicable para iniciar la prestación de servicios 5G con antelación al resto de los competidores.

La ejecución de estas resoluciones podría generar un daño anticompetitivo, salvo que se adopten resguardos necesarios para prevenir que los "adjudicatarios de la banda 3.5 GHz": **a)** Adquieran ventajas anticompetitivas artificiales e infranqueables que les permitan excluir a sus competidores en el mercado de las telecomunicaciones móviles; y, **b)** Compitan al margen de la estructura concesional del mercado, diseñada por la regulación ex ante para inyectar competencia.

C.- Resolución N° 62: El TDLC, en lo que importa a la reclamación en estudio, estableció:

i.- La Subtel dispone de capacidad espectral para concursar en la Banda 3.5. A esa fecha ningún operador contaba con autorización de Subtel para proveer servicios



móviles en dicha banda.

ii.- No es efectiva la aprehensión de la Consultante, respecto de que es posible interpretar que Subtel los eximiría de participar en un futuro concurso para prestar servicios móviles en dicha banda porque la interpretación armónica de las disposiciones de la LGT permite concluir que, debe existir un concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios móviles en la referida Banda 3.5, sin que se pueda eximir de este concurso a las actuales concesionarias de dicha banda, toda vez que existe una norma técnica que solo permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto, y la ley no establece ninguna excepción sobre quiénes deben participar en el concurso público (considerando 147).

iii.- Los incumbentes, tampoco podrían solicitar una modificación de su concesión para extenderla a servicios móviles, toda vez que el tipo de servicio es un elemento inmodificable de la concesión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LGT. (considerando 149).

iv.- Si las resoluciones consultadas se interpretan en el sentido de que las actuales concesionarias solo requieren solicitar una modificación de su concesión y no requieren participar en un futuro concurso público para prestar servicios de telefonía móvil en la Banda 3.5, podrían infringirse las normas de libre



competencia(considerando 150).

A continuación, descarta la existencia de eventuales ventajas para desplegar y comercializar servicios 5G derivadas de las Resoluciones de Subtel, toda vez que las incumbentes del mercado de telecomunicaciones móviles -y no solamente las concesionarias de servicios fijos inalámbricos-, podrían desplegar infraestructura compatible con la red 5G en bandas de frecuencias por debajo de los 3 GHz, que son las que actualmente cuentan con asignaciones móviles.

Además, las eventuales ventajas de primer jugador que tendrían estas empresas por este despliegue anticipado de infraestructura, no se derivan de la dictación de la Resolución de Congelamiento y de la Resolución Complementaria, sino más bien guardan relación con elementos diversos como la incumbencia, el avance tecnológico y la decisión estratégica de estas firmas

La Resolución de Congelamiento y la Resolución Complementaria, no infringen la Resolución N° 584, por cuanto ésta no restringió los servicios que podían prestar en la Banda 3.5, sino que solo dispuso que la norma técnica debía explicitar que los servicios autorizados correspondían a una determinada categoría existente en la legislación vigente, que traía aparejados ciertos deberes.

Finalmente, concluye que, las Resoluciones de



Congelamiento y Complementaria, en relación con lo establecido en la RE N° 1.498/1999, modificada por la RE N° 6.554/2010, no infringen la normativa de libre competencia y sus disposiciones observan las reglas de competencia por la cancha en materia de acceso al espectro radioeléctrico, salvo que dichas resoluciones sean interpretadas de modo que las actuales concesionarias solo requieren solicitar una modificación de su concesión, y no requieren participar en un futuro concurso público para prestar servicios de telefonía móvil en la Banda 3.5 (considerando 181).

Se resuelve:

"1) La ejecución de las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 y N° 1.953/2018, dictadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones respecto del uso y goce de la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz, no infringe la Resolución N°584 de la Comisión Resolutiva;

2) La ejecución de las Resoluciones Exentas N°1.289/2018 y N°1.953/2018, dictadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones respecto del uso y goce de la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz, no infringe la normativa de libre competencia en la medida que se interprete que el regulador no puede eximir a los actuales concesionarios de dicha banda de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles.



3) *Las eventuales ventajas de primer jugador que tendrían Entel y Claro en relación con el despliegue de infraestructura compatible con la red 5G en la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz no derivan de las Resoluciones Exentas N°1.289/2018 y N°1.953/2018 dictadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, por lo que su ejecución no infringe la normativa de libre competencia. Las eventuales ventajas de este tipo que pudieran tener dichas compañías más bien guardan relación con elementos diversos como la incumbencia, el avance tecnológico y la decisión estratégica de estas firmas, ventajas que, en todo caso, no resultan significativas".*

D.- En su oportunidad, Movistar impugnó la referida Resolución N° 62, solicitando, en lo medular, modificar el Resuelvo N° 1 y N° 3, por estimar que las resoluciones de Congelamiento y Complementaria sí tenían la aptitud de **i)** infringir la Resolución N° 584 de la H. Comisión Resolutiva; y **ii)** otorgar ventajas significativas de primer jugador a los actuales asignatarios de dicha banda de frecuencias.

E.- Movistar se desistió del recurso de reclamación referido en el literal precedente, adquiriendo la Resolución N° 62 el carácter de firme y ejecutoriada.

F.- El 24 de noviembre de 2022, la Subtel solicitó aclarar la Resolución N° 62, en el sentido de determinar si la autoridad puede autorizar que los actuales



adjudicatarios de concesiones de servicios públicos telefónicos inalámbricos en la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz (Banda 3.5), incorporen a sus concesiones nuevas prestaciones o atributos específicos, como el atributo móvil, en caso que dichos concesionarios presenten a Subtel la solicitud y el proyecto técnico correspondiente.

Lo anterior, porque Claro solicitó se incorporen a las concesiones de que es titular en la banda 3.5 Ghz la transmisión de datos móviles.

En consecuencia, solicita se aclare si, la imposibilidad que tiene este regulador de eximir a los actuales concesionarios de derechos de uso y goce sobre la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, comprende o no la posibilidad de otorgar prestaciones o atributos móviles sobre las bandas de frecuencias ya asignadas para servicios fijos inalámbricos, sujeto a condiciones y contraprestaciones equivalentes a las que habrían tenido lugar en un concurso público.

A juicio de Subtel, el Resuelvo N° 2 de la Resolución N° 62 no impide otorgar prestaciones o atributos móviles los actuales adjudicatarios de concesiones de servicios públicos telefónicos inalámbricos en la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz



(Banda 3.5) porque:

i) Los actuales concesionarios de servicios fijos inalámbricos, ya participaron en un concurso público, por lo que se encuentran asignadas a los referidos concesionarios hasta el término de sus respectivos títulos habilitantes y, por consiguiente, no se encuentran disponibles para poder ser concursadas

Interpreta los artículos 13 C y 14 de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT), señalando que no concurren las exigencias básicas para licitar, toda vez que, no se cumple el requisito de la limitación de concesiones, puesto que los atributos móviles no aplicarían respecto de nuevas concesiones, sino que respecto de los titulares de una concesión vigente sobre la misma frecuencia y porque otorgar concesiones se vincula con nuevas concesiones y no con modificar aquellas existentes.

Sostiene que no es efectivo que sea necesario realizar concursos públicos para otorgar servicios distintos a los originalmente concesionados cuando una banda de una frecuencia ya a ha sido adjudicada, pues no se puede obligar a adjudicatarios a re concursar por frecuencias de uso y goce que ya tienen.

ii) La posibilidad de permitir que una concesión adjudicada pueda servir para prestaciones distintas de las originalmente concesionadas, es una facultad privativa de Subtel, la que no se encuentra limitada por



el artículo 14 de la LGT, en tanto esas modificaciones no afecten los elementos de la esencia de las mismas.

La posibilidad de poder otorgar prestaciones adicionales a las originalmente concesionadas, dependerá de qué se entienda por tipo de servicio. Y para la Subtel, el tipo de servicio de las bandas de frecuencias 3.400-3.600 MHz, es el de servicio público de telecomunicaciones, conforme con el artículo 3° de la LGT.

En definitiva, sostiene que lo que persigue la limitación establecida en el artículo 14 de la LGT es que no sea posible modificar una concesión de servicio público de telecomunicaciones para convertirla, por ejemplo, en una concesión de radiodifusión, empero, aquello no implica que no se pueda adicionar a una concesión vigente un atributo móvil.

Puntualiza que, abona lo anterior la circunstancia que la norma reglamentaria que distinguía entre servicios de telefonía móvil, telefonía local y portador de larga distancia, no se encuentra vigente.

Por otro lado sostiene que La Resolución N° 584 de la Comisión Resolutiva no restringió los servicios que podían prestarse en la Banda 3.5, sino que, al contrario, reconoció explícitamente la posibilidad de que las concesionarias determinaran libremente el tipo de servicio de comunicación a ofrecer, y la facultad de



Subtel de modificar las concesiones mientras se mantenga la excelencia del servicio comprometido.

Agrega que, desde que se licitaron las concesiones sobre la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz, siempre se supo que los servicios que se podrían prestar en dichas concesiones no estaban restringidos únicamente a los servicios fijos inalámbricos

iii) La facultad ha sido ejercida por la Subtel en distintas oportunidades que señala.

Específica, además, que la Banda 3.5 GHz en distintos actos y momentos ha sido considerada como una banda de frecuencias que, a pesar de haber sido originalmente concesionada para servicios fijos locales inalámbricos, es susceptible de ser destinada para la prestación de servicios móviles.

Destaca que se incluye para considerar el límite del espectro radioeléctrico establecido por la Corte Suprema a propósito de la licitación de la banda 700. También fue considerada en los *caps* establecidos por la sentencia de la causa Rol CS N° 181-2020.

Asimismo, la resolución de la FNE que aprobó con condiciones la operación de concentración entre VTR y claro, e Informe que le sirvió de base también consideró esta banda.

iv) Una decisión contraria, implicaría negar vigencia al principio de convergencia tecnológica, que



reconoce la existencia de distintas tecnologías, posibilitadoras de la prestación de diversos servicios, compatibles entre sí, a través de una misma red y, consecuentemente, a través de un mismo operador de telecomunicaciones, con lo cual se logra la eficiencia de las redes y del espectro radioeléctrico, consagrando en definitiva la "neutralidad de servicios", que autoriza el uso de cualquier banda de frecuencia habilitada para prestar servicios de telecomunicaciones para cualquier servicio o atribución (móvil, fija, de datos, telefónica, etc.).

G.- Por resolución de 7 de diciembre de 2022, el TDLC no hizo lugar a la aclaración, fundado en "lo indicado en los párrafos 143, 145, 147 a 150, 162 y 181 de la resolución objeto del recurso y lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio de su derecho a iniciar un procedimiento para modificar la Resolución N° 62/2020 de considerar que ha tenido lugar un cambio en las circunstancias que motivaron su dictación".

H.- La Subtel y Claro S.A., reponen de la resolución referida en el literal precedente.

La Subtel señala, en síntesis: i) El TDLC ejerce funciones propias de la Subsecretaría, infringiendo el artículo 6 de la LGT en relación con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República



ii) Se pronuncia sobre materias que no fueron consultadas por Movistar en su consulta.

iii) Afecta el principio de convergencia tecnológica e imponer condiciones respecto de resoluciones de Subtel que reconocen normativamente dicho principio y que no fueron parte del objeto consultado.

iv) Alterar resoluciones dictadas por el predecesor legal del Tribunal, sin que el presente procedimiento haya tenido por objeto la modificación de la Resolución N° 584 de la Comisión Resolutiva, que estableció que las concesionarias podían determinar libremente el tipo de servicio de comunicación a ofrecer.

En tanto Claro, además de replicar los argumentos de la Subtel, agrega que la forma de interpretar la Resolución N° 62 atenta contra la libre competencia, toda vez que, la solicitud de aclaración guarda relación con la posibilidad de que las antiguas concesiones de telefonía local-inalámbrica puedan adicionar servicios de transmisión de datos móviles de tecnología 5G. Ello, no sólo beneficiaría inmediatamente a los usuarios, sino que permitiría la entrada de un cuarto operador a competir en la oferta de servicios 5G, inyectando más presión competitiva sobre los actuales tres actores (Entel, Movistar y Wom).

Refiere que la resolución lo que hace es modificar el Resuelvo N° 2 que dispuso el deber de los actuales



concesionarios de la Banda 3.5 de participar en los futuros concursos que inicie la autoridad para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, no pudiendo Subtel eximirlos de aquellos.

La solicitud de aclaración se refiere únicamente a la posibilidad de autorizar la adición de nuevas prestaciones a concesiones en la Banda 3,5 que ya fueron adjudicadas precisamente mediante concurso público, hace más de 15 años, y simplemente posibilita actualizarlas a las nuevas tecnologías, en beneficio de los consumidores.

Agrega que, actualizar las concesiones conforme nuevas tecnologías y necesidades técnicas, es una la facultad exclusiva de Subtel que ha sido expresamente reconocida por la propia Resolución N° 62 y también por la Corte Suprema en la Sentencia N° 181/2020.

I.- Por resolución de 6 de enero de 2023, el TDLC acogió el recurso de reposición y decidió hacer lugar al recurso de aclaración, *"solo en cuanto se aclara que el resuelvo número 2) de la Resolución N° 62 se limita a la ejecución de las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 y N° 1.953/2018, por lo cual, una vez que estas han perdido su vigencia, dicho resuelvo no restringe la facultad de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de modificar concesiones vigentes en la medida en que lo permita la normativa sectorial aplicable."*

Segundo: Que, establecidos los antecedentes del



proceso, corresponde exponer los fundamentos de la reclamación de Wom S.A.:

I.- La Resolución N° 62/2020 exigió concurso público para modificar el tipo de servicios en las concesiones analizadas en dichos autos.

Específicamente, resolvió que la Resolución de Congelamiento y la Complementaria, no infringían la libre competencia y, en consecuencia, se podían ejecutar en la medida que o sujeto a la condición consistente en que quienes en dicha época eran concesionarios de servicios fijos (que se distinguen de los servicios móviles) de la banda de 3.4 a 3.6 GHz ("Concesionarios de la Banda 3.5"), no se podían eximir de participar en futuros concursos públicos si pretenden modificar o ampliar sus servicios fijos a servicios móviles.

El TDLC determinó que cualquier implementación o forma de ejecución de dichas resoluciones dictadas por la Subtel no podía interpretarse como un mecanismo para permitir al regulador que habilite a los Concesionarios de la Banda 3.5 a prestar servicios móviles eximiéndose de obtener la autorización o concesión respectiva mediante la participación en un concurso público.

La Subtel -desatendiendo el alcance y la naturaleza jurídica de la facultad de aclaración, rectificación o enmienda según lo dispuesto por el artículo 182 del CPC-pretendió y finalmente obtuvo por dicha vía derechamente



modificar lo resuelto en forma clara y expresa en el Resuelvo II.- de la Resolución N° 62.

Puntualiza que, el TDLC originalmente rechazó de manera correcta el recurso de aclaración, al remitirse a considerandos específicos de un claro tenor, que establecen de forma categórica que la única forma de estimar que la Resolución de Congelamiento y la Complementaria no infringirían la libre competencia, es considerando que las concesionarias no podían ser eximidas de participar en un concurso pública para la adjudicación.

Enfatiza que, la nueva interpretación carece de toda lógica, puesto que la condición establecida en el resuelvo II siempre habría dependido de una mera liberalidad de la Subtel, quien en cualquier momento y de manera discrecional pudo haber modificado o dejado sin efecto la Resolución de Congelamiento y la Resolución Complementaria mediante la dictación una nueva resolución exenta. Lo anterior, implicaría asumir que la afectación a la libre competencia se habría generado únicamente por la dictación por parte de la Subtel de la Resolución de Congelamiento y la Resolución Complementaria y no por la posibilidad de que la Subtel autorizara la prestación de servicios móviles a los Concesionarios de la Banda 3.5, eximiéndolos de obtener las respectivas autorizaciones o concesiones a través de un concurso público que resguarde



debidamente los principios de la libre competencia.

II. La resolución recurrida, modifica la Resolución 62 y atenta contra la LGT, principios y normas del derecho administrativo y el erario fiscal.

En efecto, atenta contra la LGT al omitir lo dispuesto en el artículo 14 de dicha ley, que establece que el tipo de servicio es un elemento esencial de la concesión y, en consecuencia, es inmodificable. Ello fue reconocido por la Subtel en su Resolución Exenta N° 6554/2010 -que permitió la prestación de servicios móviles en la Banda 3.5- al no autorizar que las actuales concesionarias de servicio público telefónico fijo inalámbrico modificaran o ampliaran sus concesiones para la prestación de servicios móviles. Si se quiere prestar un tipo de servicio distinto al originalmente otorgado en la concesión, ello deberá efectuarse mediante una nueva solicitud de concesión sobre la respectiva banda de frecuencia.

Asimismo, conforme con lo dispuesto en el artículo 13C de la LGT, existiendo una norma técnica de la Subtel, publicada en el Diario Oficial, que solo permite otorgar un número limitado de concesiones y permisos a su respecto, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tiene la obligación de llamar a concurso público para otorgar concesiones y permisos para la prestación de servicios de telecomunicaciones.



Los supuestos descritos en el artículo 13C, son precisamente los que se verifican en el caso de los Concesionarios de la Banda 3.5, debido a la dictación y vigencia de la Resolución Exenta N° 1498-1999 de la Subtel que fija la norma técnica para el servicio público telefónico fijo inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3700 MHz, la cual -además de identificar un número limitado de bloques para la prestación del servicio- en su artículo 3° dispone que "Las concesiones para el servicio serán asignadas por concurso público".

Además, la resolución impugnada atenta contra los principios del derecho administrativo, en específico contra los principios de juridicidad, de estricta sujeción a las bases de licitación, de no discriminación, de libre concurrencia y de igualdad de los oferentes, principios a los que todos los participantes de los concursos públicos 5G desarrollados entre 2021 y 2022 estuvieron estrictamente sujetos. Lo anterior al omitir el concurso público requerido para autorizar la prestación de un distinto tipo de servicio en las respectivas concesiones.

Además, la resolución reclamada implica una grave afectación al patrimonio fiscal, al asignar un bien nacional de uso público sin mediar concurso público. Lo anterior, considerando que en febrero del año 2022 se adjudicó, previo concurso público, a Entel Telefonía



Local S.A. ("Entel"), a Telefónica y a WOM cinco bloques de espectro radioeléctrico de 10 MHz cada una en la banda de 3.30 a 3.40 GHz y 3.60 a 3.65 GHz para el desarrollo y prestación de servicios móviles 5G, lo que significó una recaudación fiscal de alrededor de USD 350 millones. Puntualiza que también participaron en el proceso Claro y Borealnet S.A., cuyas ofertas no resultaron adjudicadas.

III. La resolución impugnada atenta también contra el DL N° 211, toda vez que de un análisis de la jurisprudencia relevante y especialmente de lo resuelto por la Corte Suprema en los autos Rol N° 181 -2020, resulta claro que los pilares fundamentales para promover la competencia en el mercado y la participación de cuatro operadores móviles son dos: **(i)** la implementación de límites o caps para la tenencia de espectro radioeléctrico, y **(ii)** los concursos públicos como mecanismo de asignación de dicho espectro.

Tercero: 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.

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.

Cuarto: Que, 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 establecida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, 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, el artículo 18 numeral 2) indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos"*.

Del tenor del artículo 31 fluye que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta tiene la naturaleza jurídica de no contencioso, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211.



Sin embargo, este carácter no contencioso no impide considerar que la resolución que pone término al proceso, en el caso concreto la Resolución N° 62, sea una decisión de término que decide el asunto que fue sometido al conocimiento del tribunal, cuestión que incluye los conflictos que hayan surgido producto del aporte de antecedentes de quienes concurren al procedimiento, cuestión que en autos queda en evidencia, toda vez que existió en este proceso una clara diferencia entre quienes aportaron antecedentes, quedando dentro de la órbita de competencia del TDLC no sólo decidir si la Resolución Congelamiento y la resolución Complementaria eran anticompetitivas, sino que delimitar en qué condiciones se podía establecer que aquellos no vulneraban las normas de libre competencia.

En efecto, el TDLC, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta. Ello, ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en



un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolio específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca "prevenir o evitar la comisión de un injusto monopolio por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopolio" (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, "Libre Competencia y retail un análisis crítico" página 315).

Sexto: Que, asentado el marco jurídico que regula la materia, se debe destacar que esta Corte ha reconocido que las decisiones de término de un proceso consultivo, que impongan condiciones o medidas de mitigación, conservan su vigencia mientras no sean modificadas por el propio tribunal en el procedimiento consultivo de rigor,



cuestión que surge del evidente carácter regulatorio de tales determinaciones, que determina que no pueden ser alteradas o relativizadas por los propios agentes económicos que se encuentran obligados a acatar la decisión o dictamen.

Lo anterior tiene una razón de ser y es que las medidas o condiciones impuestas para aprobar un hecho, acto o contrato sometido a consulta, tienen un fin eminentemente preventivo, por lo que están dirigidas a modelar la conducta de los distintos actores en el mercado o en un mercado relevante determinado. En consecuencia, no pueden ser estos mismos agentes económicos quienes pueden decidir por sí y ante sí la modificación o vigencia de las condiciones en que se aprueba determinado acto, cuestión que incluye, por cierto, los actos de autoridad que han sido sometidos a un proceso consultivo, como ocurrió con las resoluciones Complementaria y de Congelamiento.

En este orden de consideraciones, se debe señalar, además, que esta Corte ha referido que la conveniencia de mantener vigentes medidas o condiciones concretas establecidas en una decisión de término, es una cuestión que debe analizarse en un nuevo proceso consultivo, por lo que si algún agente del mercado estima que una medida carece de razón de ser desde el punto de vista de la competencia, genera problemas en relación a la dinámica



del mercado o produce más efectos anticompetitivos que aquellos que determinaron su imposición, debe necesariamente iniciar el nuevo procedimiento en el que se ponderará las condiciones en que se puede realizar el acto que fue sometido a condiciones.

Séptimo: Que, recapitulando, resulta imprescindible recordar que la Resolución N° 62 estableció, según se señala en la letra C.- del fundamento primero precedente, que las Resoluciones N° 1.289/2018 (Congelamiento) y N° 1.953/2018 (Complementaria) no son contrarias a la libre competencia en la medida que la Subtel no puede eximir a las empresas que tengan una concesión vigente en la banda 3.5 (de telefonía inalámbrica) de participar en un futuro concurso para prestar servicios móviles, toda vez que existe una norma técnica que solo permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto y la ley no establece ninguna excepción sobre quiénes deben participar en el concurso público, refiriendo de forma concreta que los incumbentes tampoco podrían solicitar una modificación de su concesión para extenderla a servicios móviles, toda vez que el tipo de servicio es un elemento inmodificable de la concesión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LGT.

En este aspecto, señala de forma categórica que las referidas resoluciones de Congelamiento y Complementaria no infringen la normativa de libre competencia y sus



disposiciones observan las reglas de competencia por la cancha en materia de acceso al espectro radioeléctrico, salvo que dichas resoluciones sean interpretadas de modo que las actuales concesionarias solo requieren solicitar una modificación de su concesión y no requieren participar en un futuro concurso público para prestar servicios de telefonía móvil en la Banda 3.5.

Por ello, en el Resuelvo N° 2) establece, como condición, que en la ejecución de las referidas resoluciones, el regulador no puede eximir a los actuales concesionarios de dicha banda de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles.

Octavo: Que, asentado lo anterior, se debe señalar que la resolución impugnada, al acoger una reposición, hace lugar a la aclaración del Resuelvo N° 2 de la Resolución N° 62, solicitada por la Subtel, quien requirió que el tribunal estableciera que lo consignado en éste no impedía que la autoridad autorizara que los actuales adjudicatarios de concesiones de servicios públicos telefónicos inalámbricos en la Banda 3.5 incorporen a sus concesiones nuevas prestaciones o atributos específicos, como el atributo móvil.

Pues bien, para resolver la reclamación resulta imprescindible reflexionar acerca de la naturaleza jurídica y las características del denominado recurso de



aclaración rectificación y enmienda contemplado en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone: *"Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia"*.

El artículo 182 antes transcrito, consagra en su primera parte, el principio de desasimiento del tribunal, conforme con el cual, una vez notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el Tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. En esta aspecto, se ha referido: *"el juez que una vez pronunció la sentencia, deja de ser juez; el que una vez condenó en más o menos, no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez desempeñó mal o bien su oficio"* (Eduardo Couture, "Estudios de derecho procesal", Tomo III, p. 329, 3a ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989).

Se ha referido que este principio, importa una verdadera preclusión (por consumación) respecto del juez, toda vez que notificada la sentencia a alguna de las partes, se concluye la actividad jurisdiccional, sin que



se pueda modificar la decisión, prohibiéndose al juez modificar o alterar la sentencia, extinguiéndose su competencia respecto de la cuestión debatida.

Pues bien, la segunda parte del referido artículo 182, consagra la facultad de aclaración, rectificación o enmienda, que constituye una excepción al principio de desasimiento, el virtud de la cual se faculta al tribunal a aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos contenido en la sentencia.

De la norma transcrita, y de la reglamentación contenida en el Código de Procedimiento Civil, fluye una conclusión importante, esto es, que no se está ante un recurso procesal propiamente tal, sino que la aclaración, rectificación o enmienda constituye el ejercicio de una facultad del Tribunal, quien puede ejecutarla de oficio o a petición de parte. En efecto, tal potestad se vincula exclusivamente con aspectos meramente formales, sin que a través de su ejercicio se pueda modificar de forma alguna la decisión contenida en la resolución que se pretende aclarar. Así, la decisión de fondo sólo puede ser modificada por vía de los recursos procesales previstos en el ordenamiento jurídico, los son conocidos y resueltos por un tribunal distinto a aquel que pronunció



la sentencia que se pretende modificar o invalidar, dependiendo del arbitrio específico.

En este aspecto, se debe enfatizar que *“por el intermedio del ejercicio de tal facultad no se pretende la revocación o invalidación de la resolución para sustituirla por otra para subsanar un error de fondo o de contenido, sino que sólo se persigue reparar una mera deficiencia de expresión contenida en el fallo”* (Mario Mosquera Ruiz y Cristian Maturana Miquel, *“Los recursos procesales”*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 90).

Justamente, por no revestir el carácter de recurso, es que su ejercicio no suspende el plazo para ejercer los arbitrios para impugnar o invalidar la decisión de fondo y que, además, proceda su ejercicio ante sentencias ejecutoriadas, sin que su ejercicio se someta a plazo alguno, cuando nace a petición de parte.

De lo anterior surge que, para que proceda el ejercicio de tal facultad, debe existir en el fallo *“una evidente incertidumbre que está basada en ciertas omisiones del mismo. Debe haber de parte del órgano jurisdiccional una voluntad resolutive que se ha manifestado inadecuadamente, pues el fin de la aclaración es evidenciar en forma definitiva y perfectamente inteligible dicha voluntad.”* (ob. cit. p 91).

Noveno: Que, en el caso concreto, como se anunció, la Subtel pretende aclarar el Resuelvo N° 2 de la



Resolución N° 62, pretendiendo que el TDLC señale que éste no es obstáculo para autorizar a los actuales concesionarios de servicios de telefonía inalámbrica en la Banda 3.5 -producto de una solicitud de Claro SA- a adicionar a sus concesiones vigentes la prestación del servicio de telefonía móvil para prestar el servicio 5 G, soslayando que para que proceda la facultad de aclaración deben existir puntos oscuros o dudosos, que generen incertidumbre respecto de los alcances de aquello que se decidió, exigencia que no se cumple, toda vez que el Resuelvo N° 2, establece de forma clara y categórica que las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 y N° 1.953/2018, no vulneran las normas de la libre competencia en la medida que se interprete que el regulador no puede eximir a los actuales concesionarios de la Banda 3.5 de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, decisión que tiene un claro sustento en la parte considerativa en la que se señala de forma categórica que debe existir un concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios móviles en la referida, sin que se pueda eximir de éste concurso a las actuales concesionarias de dicha banda, toda vez que existe una norma técnica que sólo permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto, y la ley no establece ninguna



excepción sobre quiénes deben participar en el concurso público (fundamento 147).

En esta materia, de una forma nítida señala en el fundamento 149 que los incumbentes tampoco podrían solicitar una modificación de su concesión para extenderla a servicios móviles, toda vez que el tipo de servicio es un elemento inmodificable de la concesión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones.

En este aspecto, se debe señalar que, más allá de que el regulador utiliza reiteradamente la expresión "adicionar" el servicio de telefonía móvil, lo cierto es que, lo que pretende con tal "adición" no es otra cosa que modificar la concesión, ampliando los servicios que la concesionaria puede brindar, cuestión que la Resolución N° 62 señaló, en forma prístina, sólo se podía realizar a través de un concurso público, sin que procediera la asignación directa, tanto para empresas de telecomunicaciones que tuvieran o no concesiones vigentes en la Banda 3.5, pues todos debían concurrir a través de concurso público para la asignación del espectro radioeléctrico.

En este sentido, si la Subtel estimaba que tal decisión no era acertada, debió impugnar en su oportunidad, toda vez que participó en el proceso consultivo aportando antecedentes. Sin embargo, no lo



realizó, sin que pueda admitirse que dos años después pretenda modificar tal decisión invocando la facultad del artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

En este aspecto, se debe ser enfático en señalar que la forma correcta de dejar sin efecto la condición establecida en el Resuelvo N° 2 de la referida Resolución N° 62, es a través del inicio del proceso consultivo en que la autoridad tendrá la oportunidad de aportar antecedentes que permitan disuadir acerca de la evolución del mercado y la necesidad de contar con más empresas competidoras que presten el servicio 5 G, por lo que sería recomendable permitir que el regulador pueda modificar la concesión vigente adicionando el servicio móvil, pues en ese proceso el Tribunal analizara si la legislación actual lo permite y si aquello no genera más efectos anticompetitivos de los que se pretenden impedir, dando la oportunidad para que todos los agentes del mercado aporten antecedentes, tal como se hizo en el proceso que culminó con la imposición de la condición.

Décimo: Que, en razón de lo expuesto, la reclamación será acogida, en los términos que se dirá en lo resolutivo.

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 Wom S.A. en contra de la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la



Libre Competencia el seis de enero de dos mil veintitrés, que acogió un recurso de reposición y aclaró la el Resuelvo N° 2 de la Resolución N° 62, la que se deja sin efecto y, en su lugar decide que **se rechazan** los recursos de reposición deducidos por la Subsecretaria General de Telecomunicaciones y Claro S.A., en contra de la resolución de siete de diciembre de dos mil veintidós que rechazó la solicitud de aclaración, manteniéndose esta última decisión.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Carroza, quien fue del parecer de rechazar la reclamación deducida, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) Que, el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta que origina la resolución reclamada, tiene la naturaleza jurídica de no contencioso, puesto que, como se señala en el fallo que antecede, no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211.

En este tipo de procedimiento, el órgano público conoce de materias en que no existe controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; por lo que tampoco hay pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución.



2) Que, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia requerido, a la luz de los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta. Lo anterior en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto.

3) Que, es en el contexto de este tipo de procedimiento, en que debe analizarse la solicitud de aclaración de la Subtel, que parte del supuesto de una falta de claridad del Resuelvo N° 2 de la Resolución 62, toda vez que aquella puede interpretarse en el sentido que ésta solo constituyó una limitación respecto del concurso público que a esa fecha estaba pendiente para la adjudicación de la Banda 3.5, respecto del cual no se podían eximir de participar a los agentes que tuvieran una concesión vigente en dicha banda, sin que pudiera realizarse una adjudicación directa por tal circunstancia.

4) Que, en las condiciones descritas, atendido que en el presente caso, el TDLC no dirimió una controversia



decidiendo un asunto controvertido dictando una sentencia definitiva, sino que sólo emitió un dictamen, resulta acertada la herramienta procesal incoada por la autoridad, al pedir la aclaración, toda vez que, es indiscutible que el tribunal que emitió el referido dictamen es competente para aclarar su contenido, tal como lo hace al acoger la solicitud de aclaración y señalar que su dictamen tenía un objeto preciso y limitado, circunscribiéndose al análisis de los efectos en la libre competencia de las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 (Congelamiento) y N° 1.953/2018 (Complementaria), por lo que si estas han perdido su vigencia, no hay limitación alguna de la facultad de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de modificar concesiones vigentes, por supuesto, si la normativa sectorial aplicable lo permite.

5) Que, en este aspecto, no debe soslayarse que la propia Resolución Complementaria luego de establecer las excepciones a la resolución de Congelamiento, señaló que la excepción de los servicios públicos e intermedios para hacer uso de las bandas de frecuencias que señala, en las cuales los respectivos operadores podrán prestar exclusivamente servicios fijos inalámbricos en conformidad con la normativa vigente, regirán a contar de la fecha en que se encuentre firme la resolución de adjudicación del concurso para asignar concesiones o



permisos para prestar servicios móviles en las bandas de frecuencia entre 3.400-3.800 MHz, fecha a partir de la cual la Resolución Complementaria dejará de regir.

Ergo, si la propia Resolución Complementaria establece un hito conforme al cual aquella dejará de producir efectos -adjudicación de concesiones o permiso en la Banda 3.5 en virtud del concurso que a la fecha de la emisión de la Resolución N° 62 se encontraba pendiente y que fue finalmente adjudicado en el año 2022- resulta inconcuso que cumplido aquello, las limitaciones del Resuelvo N° 2 dejaron de existir, que es aquello que ha aclarado la resolución reclamada.

6) Que, en este aspecto, atendido que la Resolución N° 62 agotó sus efectos, en tanto las resoluciones consultadas han dejado de surtir efectos, el camino correcto es el inverso al indicado en el fallo que antecede. Esto es, si Wom S.A. considera que los actos jurídicos de la Subtel que autorizan una modificación de la concesión de Claro S.A. para adicionar el atributo de servicio móvil para prestar el servicio 5 G en la Banda 3.5, ya adjudicada para el servicio telefónico inalámbrico, pueden infringir las normas de la libre competencia, es ella quien debió iniciar el procedimiento consultivo ante el TDLC para realizar el análisis de rigor, aportando los antecedentes que fueran pertinentes, tal como lo hizo en su oportunidad Movistar S.A.



Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro señor Matus
y del voto en contra, su autor.

Rol N° 119.432-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema
integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra.
Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario
Carroza E., y Sr. Jean Pierre Matus A.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E., Jean Pierre Matus A. Santiago, siete de septiembre de dos mil veintitrés.

En Santiago, a siete de septiembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

