

# CORTE SUPREMA Y LÍMITES AL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO: UNA ATRIBUCIÓN INDEBIDA

MARÍA DEL PILAR HAZBUN ZULOAGA

**RESUMEN:** el presente comentario efectúa un análisis crítico de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema que, en una decisión dividida, acogió la reclamación deducida por CONADECUS en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acogiendo en definitiva, la demanda interpuesta en contra de las compañías Claro, Movistar y Entel. (Causa Rol Ingreso Corte N° 73.923-2016, 25 de junio de 2018). El fallo declara, entre otras cosas, que las demandadas habrían incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700 MHz, sin respetar el límite de 60 MHz que, conforme a la Corte Suprema, se encontraría impuesto como máximo para cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles. Así, el fallo ordena a las demandadas desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en dicho concurso, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada.

La sentencia es preocupante, por cuanto la Corte hace extensivo un límite impuesto en una sentencia dictada con anterioridad en el marco de una consulta específica y en base a ello, ordena a las demandadas a desprenderse de espectro que ya adquirieron válidamente en un concurso público. Ello pese a que dicho límite ni siquiera fue incorporado en las bases de la licitación del concurso. Incluso más, la Fiscalía Nacional Económica no formuló reparos a las bases de licitación. En definitiva, este trabajo concluye que en el presente caso, la Corte Suprema excedió el ámbito de sus atribuciones, arrogándose facultades regulatorias y desconociendo abiertamente lo establecido por las autoridades técnicas en la materia.

**PALABRAS CLAVES:** Espectro radioeléctrico, licitación pública, telecomunicaciones, principio de deferencia técnica, potestad consultiva, libre competencia, certeza jurídica.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes del caso. 2.1. Demanda CONADECUS. 2.2. Argumentos de las demandadas Entel, Claro y Movistar. 2.3. Sentencia del TDLC. 2.4 Sentencia de la Excm. Corte Suprema. 3. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema. 3.1. Breves precisiones conceptuales sobre espectro radioeléctrico y su regulación. 3.2. Alcance específico de las sentencias dictadas por el TDLC en ejercicio de su potestad consultiva. 3.3. Extralimitación de facultades de la Corte Suprema y principio de deferencia técnica. 3.4. Análisis del voto de minoría. 3.5. Dificultades en la ejecución del fallo. 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El año 2018 fue un año cambiante para la industria de las telecomunicaciones debido a que, por un lado, por Resolución Exenta N° 1289 de 19 de junio de dicho año, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“SUBTEL”), con el fin de estudiar en profundidad el uso eficiente que deberá darse a la Banda 3,5 GHz, dispuso el congelamiento y suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encontrase autorizado en dicha banda, obligándolos a migrar a bandas de frecuencias alternativas. Según indicó la SUBTEL, su decisión se justificaría en que los operadores estarían subutilizando los espectros asignados y que dicha banda resultaría relevante para el despliegue de la futura tecnología del 5G. Por otro lado, días después de la mencionada resolución exenta, la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema, en una sentencia dividida, acogió la reclamación interpuesta por el Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“CONADECUS”) en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), acogiendo, en consecuencia, la demanda interpuesta en contra de Entel, Movistar y Claro.

La referida sentencia declaró, entre otras cosas, que las demandadas habían incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700 MHz (“Concurso 700 MHz”), sin respetar el límite máximo de 60 MHz que, conforme a la Corte Suprema, puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles. Asimismo, la sentencia ordenó a las compañías a desprenderse de la cantidad adquirida hasta ajustarse al límite impuesto y declaró que, en caso que la SUBTEL estime pertinente la revisión del límite máximo autorizado para cada operador, deberá iniciar un procedimiento de consulta ante el TDLC.

El presente comentario recae entonces sobre la sentencia de la Excm. Corte Suprema que, revocando la sentencia del TDLC, acogió la demanda de CONADECUS, ordenando a las demandadas a desprenderse del espectro radioeléctrico adquirido válidamente en un concurso público por no haber respetado un límite que ni siquiera fue contemplado en las bases de licitación del Concurso 700 MHz. Dicha decisión inédita ha causado preocupación en el sector de las concesiones de servicios públicos de telecomuni-

caciones por los efectos que conlleva y por las dificultades en su cumplimiento. Asimismo, es un fallo interesante de analizar por los aspectos jurídicos que se encuentran involucrados y porque plantea ciertas dudas respecto a si existen vacíos legales que deban subsanarse o facultades de las autoridades que deban delimitarse, para evitar incerteza a quienes invierten grandes esfuerzos y recursos para desplegar los servicios.

## 2. ANTECEDENTES DEL CASO

### 2.1. Demanda CONADECUS

En marzo de 2014, CONADECUS interpuso demanda en contra de las compañías Movistar, Claro y Entel ante el TDLC, por cuanto a su juicio estas habrían infringido el Decreto Ley 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia (“DL 211” y/o “Ley Antimonopolio”) al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la SUBTEL, 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 y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente, así como la necesaria homogeneidad en su distribución.

CONADECUS explica en su demanda que la SUBTEL licitó a fines de 2013 concesiones de servicios públicos de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 768-803 MHz, más conocida como “Banda de 700 MHz”, no considerándose al respecto que la Excma. Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, había dispuesto un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil<sup>1</sup>. Dicho límite había sido también establecido con anterioridad por el TDLC en Resolución N° 2/2005, que aprobó la fusión entre Telefónica y *Bellsouth Corporation*<sup>2</sup>.

De esta forma, la parte demandante funda su pretensión en que, aun cuando el límite de 60 MHz no habría sido establecido en las bases del Concurso 700 MHz, las demandadas, en su carácter de empresas “superdominantes”, deberían haberse abstenido de parti-

<sup>1</sup> SUBTEL (2009).

<sup>2</sup> Telefónica Móviles S.A. y Otros (2005).

cipar en el referido concurso, pues sobre ellas pesaba un “especial deber de cuidado”.

En virtud de lo anterior, CONADECUS solicitó al TDLC acoger la demanda y: (i) declarar que las demandadas han incurrido en una infracción a las normas de libre competencia, al acaparar e intentar acaparar espectro radioeléctrico; (ii) 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; (iii) en subsidio de lo anterior, disponer que las demandadas se desprendan de las bandas de frecuencia acaparadas en forma ilícita, hasta ajustarse al límite de 60 MHz impuesto por la Corte Suprema; (iv) declarar y disponer que las demandadas se abstengan de seguir acaparando espectro, o ejecutando cualquier otra conducta que tenga por objeto impedir o retardar el ingreso de nuevos actores; y (v) sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal de 20.000 UTA.

## **2.2. Argumentos de las demandadas Entel, Claro y Movistar**

En cuanto a los principales argumentos esgrimidos por las demandadas, podemos señalar los siguientes:

En primer lugar, las compañías sostienen que a través de la acción se reprochan las bases del concurso público efectuado por la SUBTEL, por lo que cualquier reparo debió dirigirse a dicha autoridad. Así, cada una de las demandadas opuso la excepción de falta de legitimación pasiva.

En segundo lugar, las compañías indican que han 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. De este modo, no se configuraría un ilícito anticompetitivo.

Asimismo, agregan que no operaría en la especie la doctrina del especial deber de cuidado, ya que las compañías no tendrían una posición dominante ni habrían cometido abuso alguno, toda vez que las bandas de frecuencias se habrían asignado en concursos públicos abiertos, transparentes y de acceso igualitario. Además, respecto a las bases del Concurso 700 MHz, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) no identificó riesgos para la libre competencia.

Finalmente, señalan que no existiría una prohibición o impedimento que condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz, pues los precedentes invocados por CONADECUS emanan de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos específicos, no pudiendo ser dichas resoluciones extrapoladas a otros procesos.

### **2.3. Sentencia del TDLC**

Por sentencia de 15 de septiembre de 2016<sup>3</sup>, el TDLC rechazó la demanda de CONADECUS, con costas, invocando principalmente los siguientes argumentos de fondo:

#### ***2.3.1. Ausencia de posición dominante de las demandadas***

Señala el fallo que la industria de las telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante los últimos tiempos, especialmente con la introducción de los Operadores Móviles Virtuales (OMV), que ha creado un mercado de acceso a las facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a redes –de propiedad de los Operadores Móviles con Red (OMR)– para prestar servicios de telecomunicaciones móviles a los consumidores finales. De este modo, la industria de servicios móviles estaría conformada 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.

En este sentido, en lo que dice relación con las condiciones de entrada a los mercados relevantes, 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, pues los OMV pueden contratar con un OMR tal acceso. De este modo, el TDLC concluyó que no es posible afirmar, en base a la prueba aportada al proceso, que el ingreso al mercado minorista presenta barreras estructurales relevantes para el ingreso

<sup>3</sup> *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros* (2016).

de competidores, especialmente considerando que, en la actualidad, es posible hacerlo a través de la contratación de facilidades<sup>4</sup>.

Por otro lado, tratándose del mercado mayorista, este presenta mayores dificultades para el ingreso de nuevos competidores que el minorista, pues para participar en este no solo 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. Además, en el mercado mayorista en que se transa el acceso a las redes móviles, 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. En todo caso, como todas las bandas, la asignación de estas se realiza mediante concursos públicos convocados por la SUBTEL, abierta a cualquier proponente que cumpla con ciertos requisitos mínimos.

A la fecha de la demanda, eran cinco las empresas a las que se había hecho entrega de concesiones de espectro radioeléctrico para el desarrollo de redes de telecomunicaciones móviles en Chile: Telefónica (Movistar), Entel, Claro, Nextel y VTR, como se presenta en el siguiente cuadro elaborado por el TDLC y que inserta en su sentencia en el considerando 33<sup>o</sup><sup>5</sup>:

<sup>4</sup> Se señala en el considerando 42° del fallo que sin perjuicio de que no se presenten barreras estructurales en el mercado minorista, dada la contratación de facilidades, el bajo crecimiento de los OMV puede ser un indicio de que aún existen limitaciones a la entrada en el mercado minorista, pero que pueden deberse, entre otras razones, a que la entrada de nuevos actores o la expansión de los existentes toma tiempo, o bien a que estas no se producirían a la misma escala de un OMR, dado que los OMV apuntarían a ciertos nichos de mercado. Asimismo, en los últimos años se han producido diversos avances regulatorios que han minimizado las barreras para los nuevos competidores, como la portabilidad numérica, las Instrucciones de Carácter General N° 2 que prohibió diferenciar tarifas según la red de destino, masificación del uso de la tecnología 3G y 4G, entre otros.

<sup>5</sup> *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros* (2016).

CUADRO N° 1  
Asignación de bandas del espectro radioeléctrico por empresa

Banda (MHz)	Ponderador ( $\alpha=0,4^*$ )	Entel	Telefónica	Claro	VTR	Nextel	Total
700	1,00	30	20	20			70
800	0,95		25	25			50
1900	0,67	60	30	30			120
2100	0,64				30	60	90
2600	0,59	40	40	40			120
Total espectro (lineal antes de 700 MHz)		100	95	95	30	60	380
Total espectro (lineal incluyendo 700 MHz)		130	115	115	30	60	450
Total espectro (ponderado antes de 700 MHz)		64	67	67	19	39	257
Total espectro (ponderado incluyendo 700 MHz)		94	87	87	19	39	327
% del total (lineal antes de 700 MHz)		26%	25%	25%	8%	16%	100%
% del total (lineal incluyendo 700 MHz)		29%	26%	26%	7%	13%	100%
% del total (ponderado antes de 700 MHz)		25%	26%	26%	8%	15%	100%
% del total (ponderado incluyendo 700 MHz)		29%	27%	27%	6%	12%	100%

Fuente: Elaboración del TLC a partir de la información acompañada por CONADECUS en su demanda fojas 32 y 33.

\*Nota: La ponderación del espectro asignado según su valoración se basa en las estimaciones efectuadas en el informe acompañado a fojas 503. Tabla 6, considerando un ponderador de 0,4.

El cuadro demuestra que, si bien cada una de las demandadas tiene una porción importante del espectro, ninguna supera el 30%. Además, existen otras empresas que actúan como OMR en el mercado. Por otro lado, el porcentaje que tienen las demandadas en el mercado minorista tampoco es suficiente por sí mismo como para definir a las empresas como dominantes, ya que ninguna de ellas supera el 40%.

En consecuencia, a juicio del TDLC, no es posible afirmar que las demandadas, individualmente consideradas, detenten una posición de dominio en el mercado aguas arriba, la que pueda traducirse en una posición dominante en el mercado aguas abajo. Ello conduce a que con menor razón las demandadas puedan considerarse como “*superdominantes*”, como sostiene el demandante, por lo que no puede recaer sobre ellas un “especial deber de cuidado”.

### ***2.3.2. El límite de 60 MHz no tiene efectos generales***

CONADECUS funda su demanda en la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico, decretado por la Resolución N° 2/2005 del TDLC y por sentencia de la Corte Suprema del año 2009 (Rol N° 4797-2008).

Sin embargo, a juicio del TDLC, dicho límite no sería aplicable por lo siguiente:

- i. La Resolución N° 2/2005 del TDLC se dictó en el marco de una consulta presentada por Telefónica en relación a la fusión con *BellSouth Corporation*. Dicha consulta no se vinculaba, por tanto, con algún concurso para asignar espectro radioeléctrico. En consecuencia, el tenor de esta resolución y su interpretación armónica no permiten deducir que el límite indicado para aprobar dicha operación específica haya sido establecido como uno general ni menos como uno relativo a la tenencia de espectro.
- ii. Por otro lado, la lectura e interpretación de la sentencia de la Corte Suprema del año 2009 tampoco permiten inferir que el límite a la tenencia de espectro radioeléctrico establecido en ella era aplicable a otros concursos. Tal límite estuvo dirigido específicamente a las bandas 1700-2100MHz (Concurso 3G) 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 dicha sentencia (800 MHz y 1900 MHz). En consecuencia, esta sentencia no pretendió establecer un límite general aplicable a todas las frecuencias y bandas del espectro radioeléctrico.

Confirmaría lo anterior el Oficio Ordinario N° 1283 de la SUBTEL, de 17 de febrero de 2014, donde consta que dicho organismo también



considera que el límite de 60 MHz fue aplicable solo a los concursos en que se impusieron<sup>6</sup>.

En consecuencia, concluye el TDLC en el considerando 70° que “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”<sup>7</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta 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.

### ***2.3.3. Ausencia de conducta de acaparamiento anticompetitivo de espectro radioeléctrico***

Según el TDLC, para que la conducta de acaparamiento imputada por CONADECUS pueda ser sancionada 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. Sin embargo, apreciada la prueba citada precedentemente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no existe a juicio del Tribunal evidencia clara y concluyente 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 derivados de dicha conducta. Por el contrario, la prueba aportada entrega indicios de que las empresas demandadas tienen la intención y los incentivos para usar las frecuencias asignadas.

<sup>6</sup> En dicho oficio, se sostuvo que el límite de 60 MHz “se refería exclusivamente y agotó sus efectos en el proceso concursal específico que concluyó con la adjudicación de las respectivas concesiones de telefonía móvil digital avanzada a las entonces Centennial Cayman Corp. Chile S.A. y VTR Móvil S.A., no encontrándose vigente en la actualidad dicha restricción”.

<sup>7</sup> CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016).

### ***2.3.4. Atribución indebida***

La petición contenida en la demanda de CONADECUS de poner término a la participación de las demandadas en el concurso y a todos los actos relacionados con dicho proceso, solo puede ser cumplida por la SUBTEL, y no por el TDLC, por cuanto acogerla implicaría afectar un acto administrativo de un tercero que no ha sido demandado en el juicio.

## **2.4. Sentencia de la Excm. Corte Suprema**

Mediante sentencia de 25 de junio del 2018<sup>8</sup>, la Tercera Sala de la Corte Suprema, en una decisión acordada por 3 de sus 5 miembros, decidió acoger el recurso de reclamación de CONADECUS y, en consecuencia, acoger la demanda interpuesta, declarando lo siguiente:

- i. Que las demandadas han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del Concurso 700 MHz, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto como máximo que puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles;
- ii. Que se ordena a las demandadas a desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el Concurso 700, quedando a su opción la banda que será enajenada;
- iii. La SUBTEL velará por el oportuno y adecuado cumplimiento de lo ordenado, adoptando las medidas necesarias para llevarla a cabo.
- iv. En el evento que la SUBTEL estime necesaria la revisión del límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador, deberá iniciar un proceso de consulta ante el TDLC con dicho fin.

### ***2.4.1. Principales consideraciones***

La decisión del máximo Tribunal se sustentó básicamente en los siguientes argumentos:

---

<sup>8</sup> *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S. A. y otros* (2018).

- i. La Corte no comparte la apreciación del TDLC de que las empresas demandadas no tengan una posición dominante, 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. Es así, como en la especie, si bien las demandadas no alcanzan individualmente el 30% de participación en el mercado, lo cierto es que su participación es altísima. En efecto, las tres demandadas en forma conjunta manejan el 83% del mercado, circunstancia que determina la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del poder de mercado no solo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que detentan las tres empresas a las que se les imputa conductas anticompetitivas.

De este modo, la exposición de la participación en el mercado mayorista y minorista, la efectividad de tener características oligopólicas y la existencia de barreras de entrada, permite a la Corte aseverar que las tres demandadas tienen a la fecha del concurso una posición de dominio, y es en dicho contexto en que debe analizarse la base angular de la demanda, 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.

- ii. Desde que se abre el mercado de las telecomunicaciones, la autoridad ha impuesto límites a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los operadores puede poseer, como ocurre con la Resolución N° 584, de la Comisión Resolutiva (100 MHz); la Resolución 2/2005 del TDLC (60 MHz); y la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4797 (60 MHz).

De acuerdo a la Corte, el tenor del fallo de la Corte Suprema del año 2009, al establecer que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, lleva a la conclusión de que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del Concurso 3G, siendo una medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro.

- iii. La SUBTEL hizo caso omiso de la decisión de la Corte, no solo en la licitación de la banda 700, sino además anteriormente en 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. Así, solo en el marco de una consulta previa se pudo haber eliminado la restricción de 60 MHz o se pudo establecer un límite superior.
- iv. A juicio de la Corte, las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse la banda 700, puesto que su actuar implica la realización de una conducta que, atendidas las actuales condiciones del mercado mayorista, restringe o perturba la libre competencia. En otros términos, las demandadas, para participar en el Concurso 700 MHz, debieron previamente desprenderse de aquellas bandas que fueren prescindibles para que con la nueva adjudicación no se superaran los 60 MHz o iniciar el proceso de consulta respectivo para dejar sin efecto el límite referido.
- v. Dado que fue la SUBTEL la que omitió establecer dicho límite en las bases de licitación, la Corte resuelve no imponer multas a las demandadas.

#### ***2.4.2. Voto disidente***

Los Ministros señora Sandoval y señor Aránguiz votaron en contra y fueron de la opinión de rechazar la reclamación deducida, principalmente por lo siguiente:

- i. El cuestionamiento principal de la demandante se relaciona exclusivamente con el contenido de las bases de licitación del Concurso 700 MHz, las que no han sido preparadas por las demandadas, sino que aquellas las impone la SUBTEL.
- ii. No resulta efectivo que el TDLC no haya analizado el mérito de los antecedentes, toda vez que existe un examen minucioso de todos los antecedentes que fueron incorporados al proceso, con el cual los disidentes coinciden plenamente.
- iii. No existe una restricción a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada incumbente puede poseer, toda vez que la senten-

cia de la Corte Suprema del año 2009, estableció tal límite exclusivamente para la licitación de la banda 2100 (3G), sin que este pueda ser considerado como un límite general, no solo por impedirlo el artículo 3º del Código Civil que se refiere al efecto relativo de las sentencias, sino que además porque los tribunales no pueden atribuirse competencias de las que carecen.

- iv. La prueba rendida no permite establecer la conducta anticompetitiva de acaparamiento del espectro radioeléctrico con fines excluyentes, toda vez que, incluso aunque se considerara que el límite de 60 MHz fuese general, las demandadas se presentaron en un concurso abierto por la SUBTEL –cuyas bases fueron revisadas por la FNE, quien estimó que estas no tenían elementos anticompetitivos– realizando sus propuestas y adjudicándose bloques de la banda 700, de un modo transparente.

### 3. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

#### 3.1. Breves nociones conceptuales sobre espectro radioeléctrico y su regulación

Las señales de telecomunicaciones pueden transmitirse a través de medios físicos, como el *cable*, o en forma inalámbrica a través del *espacio aéreo*, conocido también como *espectro radioeléctrico*. Este último se define como “*un conjunto de ondas radioeléctricas, sin solución de continuidad, que se propagan en el espacio sin guía artificial*”<sup>9</sup> o bien, como “*el espacio donde pueden propagarse las ondas electromagnéticas, las cuales a su vez son señales electromagnéticas que se propagan por el espacio libre (el aire o éter) y que transportan información procedente de una fuente*”<sup>10</sup>.

El espectro radioeléctrico se caracteriza por ser un recurso natural, intangible y limitado, y que se encuentra dividido en bloques o bandas de frecuencia, las cuales tienen diversas características físicas, lo que limita la gama de usos o servicios para las cuales una determinada banda de frecuencias es adecuada<sup>11</sup>. Cada Estado, dentro del

<sup>9</sup> OVALLE (2014), p. 17.

<sup>10</sup> ROJAS (2005), p. 142.

<sup>11</sup> En Chile, las bandas de frecuencia están definidas en el Decreto Supremo N° 127, de 6 de marzo de 2006, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que Aprue-

ámbito de su respectiva soberanía, administra este recurso para su mejor optimización y para evitar que se produzcan interferencias, generando su uso el pago de derechos a favor del mismo.

En Chile, la Ley N° 18.168 o Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”) considera al espectro radioeléctrico como un bien nacional cuyo dominio pertenece a la Nación toda. En consecuencia: a) ninguna persona natural o jurídica puede atribuirse o pretender el dominio de todo o una parte del espectro radioeléctrico; b) las concesiones que se otorguen a personas naturales o jurídicas son, por esencia, temporales; y c) los beneficiados con una concesión podrán pagar al Estado el justiprecio por el uso y goce de la misma en conformidad a esta ley<sup>12</sup>. Asimismo, la LGT establece expresamente en su artículo 8° que el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado<sup>13</sup>.

Según expone el profesor de derecho administrativo, José Miguel Valdivia, *“el establecimiento de estas concesiones, permisos o licencias es de la mayor importancia para la efectividad del uso común del espectro radioeléctrico por parte de la ciudadanía en general. El principio legal consiste en que todos tienen acceso a las telecomunicaciones en condiciones libres e igualitarias, lo cual supone previamente acceso al espectro radioeléctrico. Para que cada habitante de la República goce eficazmente del espectro, se requiere de concurso de proveedores de servicios de telecomunicaciones, que, a su vez, cuenten con derechos de uso privativo de ese bien nacional de uso público”*<sup>14</sup>.

---

ba el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico. De acuerdo a dicha normativa técnica, el espectro radioeléctrico se subdivide en 9 bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente, de acuerdo a una tabla (desde los 3 KHz a los 3.000 GHz).

<sup>12</sup> Ley N° 18.168 de 1982 (artículo 2°).

<sup>13</sup> El profesor José Ignacio Ovalle explica que con la dictación de la Constitución Política de 1980 y de la LGT, se consagran finalmente los principios y normas para el desarrollo y explotación de servicios de telecomunicaciones por los particulares, a quienes se les reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que regulen tal actividad, no pudiendo discriminar el Estado en materia económica. Así, los particulares pueden efectuar la instalación, operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones a través de concesiones, permisos y licencias de telecomunicaciones otorgadas por el Estado. Ver: OVALLE (2014), p. 21.

<sup>14</sup> VALDIVIA (2018).

Finalmente, es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la SUBTEL, el que administra el uso eficiente de este recurso<sup>15</sup>. Le competará, además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones<sup>16</sup>. Al mismo tiempo, el Subsecretario de Telecomunicaciones es la autoridad competente para conocer y resolver acerca de las materias de carácter técnico relativas a las telecomunicaciones. En el ejercicio de estas facultades el Subsecretario podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias y aplicar las sanciones administrativas que se establezcan en la legislación respectiva<sup>17</sup>.

### **3.2. Alcance específico de las sentencias dictadas por el TDLC en ejercicio de su potestad consultiva**

Una vez definido el marco conceptual aplicable, corresponde analizar el razonamiento efectuado por la Excma. Corte.

Uno de los principales argumentos invocados por la Corte Suprema para acoger la reclamación de CONADECUS se encuentra recogido

<sup>15</sup> El artículo 6 del Decreto Ley 1.762, de fecha 15 de abril de 1977, que crea la SUBTEL, establece las siguientes funciones y atribuciones a la SUBTEL: a) proponer las políticas de telecomunicaciones; b) participar en la planificación nacional y regional de desarrollo de las telecomunicaciones; c) Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones internas, como, igualmente, de los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre telecomunicaciones vigentes en Chile y de las políticas nacionales de telecomunicaciones aprobadas por el Supremo Gobierno; d) Elaborar y mantener actualizados los planes fundamentales de telecomunicaciones; e) Aplicar el presente decreto ley, sus reglamentos y normas complementarias; f) Administrar y controlar el espectro radioeléctrico; g) Dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones y controlar su cumplimiento; h) Representar al país, como Administración Chilena de Telecomunicaciones, ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones y en la suscripción de los acuerdos sobre telecomunicaciones con otros Estados, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores; i) Informar y pronunciarse, según corresponda, acerca de las solicitudes de concesión y permisos de telecomunicaciones, su otorgamiento, denegación, suspensión, caducidad y término con arreglo a la ley; j) Coordinar con el Ministerio de Defensa Nacional y demás organismos y entidades competentes la dictación de las normas destinadas a controlar el ingreso al país de material y equipo de telecomunicaciones, como asimismo las relativas a su fabricación y uso; k) Requerir de las entidades que operen en el ámbito de las telecomunicaciones y de cualquier organismo público los antecedentes e informaciones necesarios para el desempeño de su cometido, los que estarán obligados a proporcionarlos, y l) Aplicar las sanciones administrativas que establece la Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>16</sup> Ley N° 18.168 de 1982 (artículo 6°).

<sup>17</sup> Decreto Ley N° 1762 de 1977 (artículo 7°).

en el considerando décimo cuarto del fallo. En él, la Excma. Corte señala 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, por ejemplo, en el marco de la aprobación de la fusión de Telefónica con *Bellsouth*, el TDLC determinó un límite máximo de 60MHz para cada operador (Resolución N° 2/2005, TDLC); el mismo límite de 60 MHz fue determinado posteriormente por sentencia de la Excma. Corte Suprema del año 2009, a propósito de la consulta efectuada por la SUBTEL sobre las bases de licitación del Concurso 3G. Así, en la sentencia objeto de este comentario, la Corte concluye que *“es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto<sup>18</sup> 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 solo 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”<sup>19</sup>.*

De este modo, teniendo en cuenta que el principal argumento del fallo en comento para aseverar que regiría el límite de 60 MHz para el Concurso 700 MHz dice relación con una sentencia del mismo Tribunal dictada el año 2009, corresponde analizar el alcance de dicha sentencia.

Al respecto, la citada sentencia de la Corte Suprema del año 2009 se pronuncia sobre las reclamaciones interpuestas en contra de una sentencia del TDLC, dictada con motivo de la consulta efectuada por la SUBTEL respecto de si correspondía la participación de los entonces actuales concesionarios de telefonía móvil en un concurso

<sup>18</sup> El considerando vigésimo cuarto de la sentencia de la Corte Suprema del año 2009 señala expresamente lo siguiente: *“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”*. Ver: SUBTEL (2009).

<sup>19</sup> *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S. A. y otros* (2018).



público de espectro radioeléctrico para telefonía móvil digital avanzada (Concurso 3G). En dicha ocasión, el TDLC estimó que, de acuerdo con las normas de libre competencia, no procedía excluir la participación de los operadores, por lo que estos podían participar en él cumpliendo con la normativa aplicable y con los demás requisitos de aplicación que establezcan las bases del concurso público consultado. Sin embargo, estimó necesaria la adopción por parte de la SUBTEL de ciertas medidas para permitir, por un lado, que los incumbentes y potenciales nuevos entrantes puedan competir en el concurso con una mayor igualdad de condiciones; y por otro, que estos últimos dispongan de posibilidades reales de desafiar a los incumbentes, mediante la reducción de las barreras de entrada a los mercados relevantes.

Dicha resolución del TDLC fue reclamada por la FNE, la SUBTEL, Nextel Chile S.A. y VTR Banda Ancha Chile S.A. Sobre el particular, fue la FNE la que, en el marco de dicha consulta, solicitó que se fijara un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que puede detentar cada operador, actual o potencial, considerando todas las bandas destinadas actualmente a telefonía móvil, con el objeto de reducir el riesgo de que los operadores establecidos bloqueen o dificulten el ingreso de los entrantes por medio del acaparamiento de espectro radioeléctrico, solicitud que fue recogida por la Excma. Corte en dicha oportunidad. Así, la Corte Suprema, también en una votación dividida, acogió parcialmente las reclamaciones, modificando las condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y estableciendo un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que puede poseer cada operador para el Concurso 3G.

Por tanto, de lo que se aprecia del fallo de la Corte Suprema del 2018, objeto de este comentario, es que hace extensivo para el Concurso 700 MHz el mismo límite de 60 MHz impuesto con anterioridad por la misma Corte el año 2009, a propósito de las bases de licitación del Concurso 3G. Sin embargo, a juicio de la autora, dicho razonamiento es errado y desconoce los alcances de la potestad consultiva del TDLC y las facultades que tiene la Corte vía recurso reclamación cuando se trata de resoluciones dictadas por el Tribunal Antimonopólico en virtud de dicha potestad no contenciosa.

En efecto, la sentencia dictada por la Corte Suprema el año 2009 se pronuncia sobre las reclamaciones interpuestas en contra de

una resolución dictada por el TDLC con motivo de una consulta específica.

De acuerdo al artículo 18 del DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, el TDLC tiene la atribución y deber de “1) *conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos; (...)*”. Dicha atribución de la que goza el TDLC se denomina potestad consultiva o potestad para absolver consultas. Ella posibilita que cualquier interesado pueda acudir ante el TDLC solicitando un pronunciamiento acerca de la licitud de una operación desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia.

En cuanto a la naturaleza de dicha facultad, se trata de una potestad administrativa y no jurisdiccional, y tiene un carácter eminentemente preventivo. En efecto, *“esta potestad consultiva exhibe una función preventiva (sentido amplio) en cuanto que previene que un determinado hecho, acto o convención puede llegar a atentar contra la libre competencia si alcanza existencia o bien advierte que un hecho, acto o convención ya existente podría ser calificado, en un procedimiento jurisdiccional antimonopólico, como un injusto de monopolio de mantenerse en el tiempo y no ajustarse a ciertas condiciones indicadas al efecto por el propio Tribunal Antimonopólico. Así, el carácter preventivo de esta función no viene dado por la circunstancia de si el hecho, acto o convención ha tenido lugar o no, sino más bien porque advierte al consultante las consecuencias del mismo sin imponerle sanciones”*<sup>20</sup>.

Asimismo, resulta característico de las consultas su alcance particular: la determinación que adopte el Tribunal y las eventuales medidas que imponga recaen exclusivamente sobre los hechos, actos o contratos específicos que fueron objeto de consulta. En este

<sup>20</sup> VALDÉS (2009), p. 615.

sentido, *“las consultas deben versar sobre “casos particulares o (...) situaciones concretas que ofrezcan dudas (...) sobre la procedencia o legitimidad de determinados actos o negocios”.* De lo expuesto se sigue que la consulta que pone en movimiento la potestad respectiva del Tribunal Antimonopólico debe dar cuenta de un caso particular, con lo cual dicho tribunal ha de dar lugar a una respuesta particular o concreta. Así lo confirma la parte final del inciso primero del artículo tercero del Decreto Ley 211, al señalar: *“... sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.* Luego, el ejercicio de la potestad consultiva no debe ser confundido con el ejercicio de potestad reglamentaria antimonopólica, puesto que de aquella emanan “resoluciones” en tanto que de esta última emanan “reglamentos” o instrucciones de carácter general. Se diferencia una de otra en que la actividad reglamentaria produce un “reglamento”, que es necesariamente general, en tanto que la consulta y su respuesta concretizada en una “resolución” han de ser forzosamente particulares”<sup>21</sup>. En el mismo sentido, *“las condiciones o medidas propiamente tales impuestas por el Tribunal Antimonopólico obedecen al ejercicio de la potestad para absolver consultas, la cual según ya hemos demostrado es de naturaleza administrativa. De allí que el producto de esta potestad, que es denominado resolución, corresponde a un acto administrativo de alcance particular y, por tanto, jamás puede ser fuente de una prohibición absoluta de desarrollar una actividad económica”*<sup>22</sup> (Lo destacado es nuestro).

Cabe señalar que los considerandos tercero y cuarto del fallo de la Corte Suprema del año 2009, al referirse a la potestad consultiva del TDLC, indican precisamente que esta cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar, y que el TDLC en ejercicio de dicha facultad puede fijar condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos, para que ese hecho, acto o convención se ajuste al bien jurídico de la libre competencia que se pretende tutelar. De este modo, ello reafirma que las medidas impuestas alcanzarían única-

<sup>21</sup> VALDÉS (2009), p. 635.

<sup>22</sup> VALDÉS (2009), pp. 626-627.

mente a los hechos, actos o contratos que son motivo de dicha consulta en específico<sup>23</sup>.

Interesante también son los votos en contra de los Ministros Sra. Araneda y Sr. Künsemüller en la sentencia del año 2009. La Ministra Sra. Araneda estuvo por rechazar las reclamaciones deducidas, por cuanto a su juicio, entre otras razones, el recurso de reclamación que contempla el DL 211 contra las resoluciones dictadas por el TDLC en ejercicio de su potestad consultiva tiene un carácter restringido y la competencia que se otorga a la Corte Suprema únicamente puede ser entendida con el objeto de permitir la revisión de las condiciones o medidas impuestas al consultante, pero no puede esta modificar lo resuelto en el sentido de imponer otras medidas no consideradas por el TDLC. El Ministro Sr. Künsemüller, por su parte, fundamentó su rechazo en que la potestad consultiva del Tribunal mencionado tiene un carácter marcadamente preventivo y que, en la especie, la resolución dictada por el TDLC, en ejercicio de sus facultades privativas, no agravia en modo alguno la libertad de competencia mercantil de los reclamantes.

En suma, no se comparte la apreciación efectuada por la Excma. Corte Suprema de hacer extensible el límite de 60 MHz impuesto el 2009 al Concurso 700 MHz. Por el contrario, respecto de ese punto se arriba a la misma conclusión del TDLC en cuanto a que el límite de 60 MHz impuesto por la Corte Suprema el año 2009 no fue constituido como un límite general ni aplicable a otros concursos, sino que fue una regla dirigida específicamente al Concurso 3G objeto de la consulta que dio origen a dicha causa<sup>24</sup>. Al respecto,

<sup>23</sup> “*TERCERO: Que esta potestad consultiva que confiere el Decreto Ley N° 211 al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consiste entonces en decidir asuntos de carácter no contencioso relacionados con hechos, actos o contratos existentes o que interesados se propongan ejecutar o celebrar, que puedan infringir la libre competencia, con el propósito de revisarlos para constatar la posibilidad de resultar o no dichos hechos, actos o contratos en contravención a las disposiciones de ese cuerpo normativo. En este sentido, la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar; CUARTO: Que, adicionalmente, el citado artículo 18 en su numeral 2° contempla una facultad para el tribunal cuando conoce de un asunto consultado, como es la de fijar condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos, para que ese hecho, acto o convención se ajuste al bien jurídico de la libre competencia que se pretende tutelar*”. Ver: *SUBTEL* (2009).

<sup>24</sup> Dijo el TDLC: “*Sexagésimo tercero: Que, como es posible apreciar, el tenor de esta resolución y de su interpretación armónica no permiten deducir que el límite indicado haya sido es-*

concluye dicha sentencia que “no puede sostenerse que el límite de 60 MHz fijado en la Resolución N° 2/2005 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”<sup>25</sup>.

### 3.3. Extralimitación de facultades de la Corte Suprema y principio de deferencia técnica

Un principio no considerado en el análisis efectuado por la Excma. Corte Suprema es el de deferencia técnica, que exige del juez considerar la decisión técnica a cargo de un organismo competente. Algunos juristas de derecho administrativo lo han calificado de la siguiente forma: “[...]se conoce con esta denominación a aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a la Administración para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica, que en muchos casos está a su vez delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa, etc.), pero cuya concreción es con frecuencia incierta y opinable. En estos casos la Administración decide en virtud de criterios puramente técnicos, no distorsionados por injerencias políticas, corporativas, de grupo o de otro género”<sup>26</sup>.

---

tablecido como uno general ni menos como uno relativo a la tenencia de espectro; Sexagésimo cuarto. Que, 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 de esta sentencia no deja dudas que tal regla 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). En efecto, la Sentencia de la Corte Suprema dispone, en la letra B) de su parte resolutive, que “[e]n las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes [Concurso 3G]” el referido límite es aplicable “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”. Por otra parte, tampoco es posible llegar a conclusiones distintas si se analizan armónicamente los antecedentes de dicha sentencia. En efecto, el origen de la medida en comento fue el informe presentado por la FNE en el marco de la consulta del Concurso 3G, en el que se propuso fijar ese límite considerando las bandas actualmente destinadas a telefonía móvil solo para dicho concurso y no para otros. En suma, esta sentencia no pretendió establecer un límite general aplicable a todas las frecuencias y bandas del espectro radioeléctrico”. CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016).

<sup>25</sup> CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016).

<sup>26</sup> GUZMÁN (2001), pp. 51-52.

Respecto de lo ya indicado, no cabe sino más que concluir que en este caso la Excma. Corte, al fijar un límite máximo de 60 MHz para cada operador, se está atribuyendo facultades normativas o regulatorias que no tiene, competencias entregadas a las autoridades técnicas en la materia.

En efecto, por un lado, la Corte desconoce los criterios técnicos aplicados por las autoridades de libre competencia. Al respecto, el TDLC, que es el órgano especial y competente para determinar la existencia o configuración de un ilícito anticompetitivo, estimó que, en base a la prueba rendida en el proceso, no existía en la especie una conducta de acaparamiento por parte de las empresas demandadas ni infracción alguna a la normativa de libre competencia. De hecho, el fallo del referido tribunal sostuvo que la prueba aportada entregaba indicios de que las empresas demandadas tenían la intención y los incentivos para usar las frecuencias asignadas. Asimismo, la FNE no formuló reparo alguno respecto a las bases del Concurso 700 MHz, mientras que, en el año 2009, tratándose del Concurso 3G, sí formuló observaciones y solicitó que se fijara un límite total de tenencia de espectro.

Por otra parte, es la SUBTEL la autoridad administrativa encargada de velar por la administración del espectro radioeléctrico. Ello es reconocido de cierta forma por la sentencia en la parte resolutive, cuando la Corte determina que, en caso de que la SUBTEL estime conveniente revisar el límite de espectro, inicie un proceso de consulta ante el TDLC. Sin embargo, no se entiende la contradicción que existe entre dicho resuelvo, que supone de cierta forma la necesidad de revisar el límite, y la decisión de la Corte de aplicar finalmente un límite máximo de 60 MHz para los operadores.

### **3.4. Análisis del voto de minoría**

Los Ministros señora Sandoval y señor Aránguiz fueron de la opinión de rechazar la reclamación deducida en base a diferentes razones, entre las que cabe destacar a las siguientes:

En primer lugar, sostienen los Ministros disidentes que el cuestionamiento principal de la demandante se relaciona exclusivamente con el contenido de las bases de licitación del Concurso 700 MHz, las que no han sido preparadas por las demandadas, sino que

impuestas por la SUBTEL. Así, la oportunidad en que la SUBTEL decidió licitar la banda 700 no puede ser revisada por la Corte, puesto que la oportunidad y conveniencia de licitar son aspectos que la ley ha entregado a la discrecionalidad de la autoridad. Dicha consideración no es más que una manifestación del principio de deferencia técnica. Los Ministros disidentes reconocen que existen aspectos técnicos que son propios de la SUBTEL y que exceden de la competencia de la Corte.

En segundo lugar, los mencionados Ministros coinciden con la apreciación efectuada por el TDLC en cuanto a que la prueba rendida no permite establecer la conducta anticompetitiva de acaparamiento del espectro radioeléctrico con fines exclusorios.

Asimismo, 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 este pueda ser considerado como un límite general que rebasó el referido concurso, no solo 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”*<sup>27</sup>. Dicha consideración deja entrever dos elementos importantes: por una parte, los Ministros disidentes reconocen expresamente el carácter específico del límite de 60 MHz, el cual fue aplicable únicamente al Concurso 3G objeto de consulta; y, por otro lado, indican que la Corte se está arrogando facultades regulatorias que no tiene al estimar que dicho límite se impuso como una medida general. Es destacable que los Ministros señalen ello con tanta firmeza.

Además, añaden que: *“[...] aun 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 solo han participado en un concurso público abierto por la*

<sup>27</sup> CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2018).

*autoridad sectorial, razón por la que no se puede configurar el elemento subjetivo del ilícito anticompetitivo.*

*En efecto, la sola circunstancia de 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 estas no tenían elementos anticompetitivos, tomando razón de ella la Contraloría General de la República, que tomó razón de aquellas”<sup>28</sup>.*

Mediante dicho razonamiento, quienes estuvieron por rechazar la reclamación, afirman que, aun cuando se considerase que el límite de 60 MHz tiene alcance general, en el caso no puede configurarse una infracción a la libre competencia por parte de las empresas demandadas, toda vez que estas participaron válidamente de un concurso público cuyas bases fueron revisadas y halladas conforme con la FNE. Esto último es de suma importancia toda vez que viene a relevar que la certeza jurídica es un aspecto esencial para quienes participan de un concurso público. No parece razonable ni justo que, habiendo cumplido las demandadas con las bases del concurso, elaboradas por la autoridad técnica y halladas conformes por la FNE, un tribunal de justicia determine con posterioridad que estas deberán desprenderse de aquellas bandas de frecuencias que les habían sido asignadas. Ello afecta de manera significativa la estabilidad del sistema de concesiones.

### **3.5. Dificultades en la ejecución del fallo**

Finalmente, una de las manifestaciones más evidentes de lo problemática y confusa que ha sido esta sentencia, es sin lugar a dudas su etapa de cumplimiento, que se está tramitando actualmente.

Como se señaló con anterioridad, la Excma. Corte Suprema resolvió acoger la reclamación de CONADECUS, declarando lo siguiente:

<sup>28</sup> CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2018).



- i. Que las demandadas han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del Concurso 700 MHz, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto como máximo que puede tener cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles;
- ii. Que se ordena a las demandadas a desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el Concurso 700, quedando a su opción la banda que será enajenada;
- iii. La SUBTEL velará por el oportuno y adecuado cumplimiento de lo ordenado, adoptando las medidas necesarias para llevarla a cabo.
- iv. En el evento que la SUBTEL estime necesaria la revisión del límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador, deberá iniciar un proceso de consulta ante el TDLC con dicho fin.

Al respecto, iniciado por CONADECUS el cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema ante el TDLC, las empresas condenadas se opusieron a la ejecución alegando falta de oportunidad de la misma, por cuanto, a su juicio, el fallo habría condicionado el cumplimiento de la obligación de enajenación de espectro radioeléctrico al cumplimiento de dos condiciones: primero, que la SUBTEL determine si es necesario la revisión del límite máximo, y de serlo así, iniciar la consulta respectiva ante el TDLC; y segundo, que la SUBTEL establezca la forma y oportunidad en que deberá cumplirse esta obligación, ambas condiciones aún pendientes. Por otro lado, dos de las tres compañías demandadas alegaron imposibilidad absoluta de cumplir la sentencia, por cuanto la normativa vigente no permite desprenderse de “porciones” de espectro. Sin embargo, el TDLC rechazó las oposiciones formuladas, indicando que la orden de desprenderse de la misma cantidad de espectro que fue adquirida en el concurso de la banda de 700 MHz no está sujeta a condiciones y es independiente del proceso de consulta que se ventile, resolución respecto de la cual reclamaron y apelaron en subsidio las demandadas<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Además, en enero de 2019, Entel presentó un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional (Rol N° 6019-19), solicitando, entre otras cosas, la suspensión del cumplimiento del fallo, a lo cual accedió el Tribunal Constitucional (TC). Asimismo,

En paralelo, y también en cumplimiento del fallo, en octubre de 2018, la SUBTEL inició un proceso de consulta ante el TDLC<sup>30</sup> sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico<sup>31</sup>.

De este modo, en relación a la etapa de cumplimiento del fallo, ha quedado demostrada la dificultad en la aplicación de las medidas ordenadas por la Excma. Corte Suprema, al mismo tiempo que no se entiende la decisión del TDLC de separar el cumplimiento de la obligación de devolución de espectro de la consulta iniciada por la SUBTEL respecto de los límites máximos. Ello no parece razonable.

Lo que sí está claro, de acuerdo al tenor del fallo, es que pesa en la SUBTEL el deber de establecer las medidas necesarias para efectuar el procedimiento de enajenación del espectro. Sin embargo, dicho procedimiento es muy complejo e inédito en nuestro país, por lo que es de esperar que tomen en cuenta todas las consideraciones técnicas y políticas al respecto, a fin de no perjudicar tampoco a los usuarios que son los que podrían verse más afectados.

Desde un punto de vista técnico, una devolución de espectro podría significar afectar la calidad del servicio móvil de manera significativa de millones de usuarios. Por ello la importancia de un procedimiento razonable. Frente a esto podría evaluarse la posibilidad de establecer cierta gradualidad en el cumplimiento de las medidas y que se efectúe consulta pública a fin de que todos los actores interesados puedan formular sus observaciones<sup>32</sup>.

---

Telefónica Móviles también presentó recurso de inaplicabilidad ante el TC, pero este fue declarado inadmisibile (Rol N° 6023-19). El recurso de inaplicabilidad presentado por Entel, en cambio, fue declarado admisible y, por resolución de 12 de marzo de este año, el TC aclaró que la medida de suspensión del procedimiento decretada solo aplicaría para esta compañía y no así para las demás partes. De este modo, por ahora, mientras está pendiente el requerimiento de inaplicabilidad, solo Movistar y Claro deberían cumplir con la obligación de desprenderse del espectro adquirido en exceso.

<sup>30</sup> Rol NC-448-2018, ante el TDLC.

<sup>31</sup> A la fecha de redacción del presente comentario (23 de abril de 2019), este proceso de consulta se encontraba pendiente. Respecto a dicho procedimiento, cabe tener en cuenta que, si bien la SUBTEL había propuesto originalmente límites de espectro fijos y acotados, luego modificó su postura, proponiendo al Tribunal que se establezca una capacidad variable como porcentaje del espectro licitado por cada macrobanda, ascendente a un 32%.

<sup>32</sup> Los procedimientos de consulta pública no son ajenos a nuestra regulación. De hecho, la misma SUBTEL abrió consulta pública respecto al plan para el desarrollo del 5G en

En definitiva, el cumplimiento de este fallo resulta ser un procedimiento complejo, que afecta enormemente a las compañías por cuanto las obliga a desprenderse de bandas de frecuencias que ya adquirieron válidamente en un concurso público, y también a millones de usuarios que hoy operan con dichas compañías.

#### 4. CONCLUSIONES

El fallo dictado por la Corte Suprema es relevante tanto desde un punto de vista jurídico como de política pública, por los efectos que genera.

Desde lo jurídico, y compartiendo el criterio adoptado por el TDLC, no puede sostenerse que el límite de 60 MHz impuesto a raíz de una consulta específica tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que deba ser respetado por todos los posibles operadores interesados en las distintas bandas, como lo considera la Corte. Dicho antecedente ni siquiera fue incorporado como límite en las bases de licitación. Así, la Corte al imponer el límite máximo se estaría atribuyendo facultades normativas y regulatorias ajenas a sus competencias.

Asimismo, resulta complejo que en base a dicho criterio se ordene a las demandadas a desprenderse del espectro radioeléctrico adquirido válidamente en un concurso público, cuyas bases no admitieron reparos por parte de la Fiscalía Nacional Económica. Ello podría atentar contra la certeza jurídica y los derechos derivados de las concesiones adjudicadas a los operadores. Ello, por cuanto si bien el espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público cuya administración le compete a la SUBTEL, la ley sí le otorga a los concesionarios o adjudicatarios de licencias o permisos derechos de uso privativo de dicho bien nacional de uso público.

De este modo, con la decisión de la Excma. Corte se podría afectar la estabilidad del régimen legal de concesiones, el cual requiere un marco jurídico estable que otorgue certeza y herramientas a los concesionarios para llevar a cabo exitosamente sus proyectos.

---

Chile, buscando recoger los puntos de vista de los ciudadanos, empresas, academia, organizaciones de consumidores, ONG, entre otros.

Desde el punto de vista de las políticas públicas, la existencia de este conflicto ha generado dudas respecto a una eventual existencia de vacíos legales que deban subsanarse, o facultades de las autoridades que deban delimitarse, para evitar posibles incertezas. No parece apropiado que tres entidades diversas (SUBTEL, TDLC y Corte Suprema) se atribuyan facultades regulatorias y, además, sostengan posiciones divergentes entre sí.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el cumplimiento de la obligación de enajenar “porciones” del espectro radioeléctrico adquiridas en exceso podría afectar a consumidores que hoy cuentan con los servicios, los que podrían verse perjudicados en la calidad de sus servicios. Por ello, y dado que se trata de una medida inédita, debe velarse por un procedimiento razonable, en el cual se escuche a los interesados e idealmente gradual en su implementación.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GUZMÁN, Lionel (2001): “*El control de la discrecionalidad administrativa en Chile*”, Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile.
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2014): “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales Año 12*, N° 1, pp. 365-396.
- OVALLE, José Ignacio (2014): “*Derecho de las Telecomunicaciones*” (Santiago, Chile).
- OVALLE, José Ignacio (2001): *Las Telecomunicaciones en Chile* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica LexisNexis).
- ROJAS, Ximena (2005): “Espectro radioeléctrico, su regulación, problemática y desafíos en un entorno convergente”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 7, pp. 141-160.
- VALDÉS, Domingo (2009): “*Libre Competencia y Monopolio*” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Informe en Derecho titulado “Legalidad de la Resolución Exenta N° 1289 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones”*, acompañado en causa ROL N° 50.372-2018, acumulado a causa rol N° 50.351-2018 que se tramita actual-

mente ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago (recurso de protección deducido por Entel en contra de la SUBTEL).

### JURISPRUDENCIA CITADA

*TELFÓNICA MÓVILES S.A. Y OTROS* (2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de enero de 2005 (Procedimiento no contencioso), rol NC N° 01-04.

*CONADECUS CON TELFÓNICA MÓVILES CHILE S.A. Y OTROS* (2016): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de septiembre de 2016, rol N° C-275-2014.

*CONADECUS CON TELFÓNICA MÓVILES CHILE S. A. Y OTROS* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (Recurso de reclamación), rol N° 73.923-2016.

*CONSULTA DE LA SUBTEL SOBRE PARTICIPACIÓN DE CONCESIONARIOS DE TELEFONÍA MÓVIL EN CONCURSO PÚBLICO DE TELEFONÍA MÓVIL DIGITAL AVANZADO.* (2009): Corte Suprema, 27 de enero de 2009 (Recurso de reclamación), rol N° 4797-2008.

### NORMAS CITADAS

DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (7/03/2005), Fija normas para la libre competencia.

DECRETO LEY 1.762 (15/04/1977), Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependiente del Ministerio de Transportes y organiza la dirección superior de las telecomunicaciones del país.

LEY N° 18.168 (2/10/1982), Ley General de Telecomunicaciones.

