

**Fallo : 73.923-2016.-
veinticinco de junio de dos mil dieciocho
Tercera Sala**

MATERIAS:

- DEMANDA POR INFRACCIÓN A LIBRE COMPETENCIA CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES CHILE S.A. (TELFÓNICA), CLARO CHILE S.A. Y ENTEL PCS TELECOMUNICACIONES, ACOGIDA.-
- EXISTENCIA DE CONDUCTA ANTICOMPETITIVA DE DEMANDADAS, EMPRESAS CON PLENO CONOCIMIENTO DEL LÍMITE DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO QUE CADA UNA PODÍA POSEER (60 MHZ), PROCEDIERON A PARTICIPAR Y ADJUDICARSE BLOQUES EN LICITACIÓN DE BANDA 700, EXCEDIENDO LARGAMENTE RESTRICCIÓN IMPUESTA.-
- DEMANDADAS INCURREN EN CONDUCTA ANTICOMPETITIVA AL ADJUDICARSE BANDA 700, SU ACTUAR SE ENCUADRA EN HIPÓTESIS GENÉRICA PREVISTA EN NORMATIVA, IMPLICA REALIZACIÓN DE UNA CONDUCTA QUE, ATENDIDA LAS ACTUALES CONDICIONES DEL MERCADO MAYORISTA, RESTRINGE O PERTURBA LIBRE COMPETENCIA.-
- PRESENCIA DE DEMANDADAS EN MERCADOS MAYORISTA Y MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES IMPLICA EXISTENCIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL ENTRE LOS OPERADORES DE REDES, EN REALIZACIÓN DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA ESTÁN EN RELACIÓN DE COMPRADORES O PROVEEDORES ENTRE SÍ, INTEGRANDO LOS DIFERENTES MERCADOS AGUAS ARRIBA (MAYORISTA) Y AGUAS ABAJO (MINORISTA).-
- EXISTENCIA DE UN MERCADO OLIGOPÓLICO, DEMANDADAS MANEJAN EN FORMA CONJUNTA 83% DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES.-
- VARIOS FACTORES, ESTRUCTURALES Y DE CONDUCTA, DETERMINAN QUE UNA EMPRESA SE ENCUENTRE EN UNA POSICIÓN DE DOMINIO, ENTRE ELLOS, EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO, CUESTIÓN QUE DIFICULTA INGRESO DE DESAFIANTES EN ATENCIÓN AL ALTO COSTO DE INVERSIONES QUE SE DEBEN REALIZAR.-
- EXISTENCIA DE PODER DE MERCADO SE DETERMINA NO SÓLO AISLANDO CIFRAS DE PARTICIPACIÓN INDIVIDUAL DE CADA EMPRESA, SINO QUE DEBE EXAMINARSE PODER DE MERCADO CONJUNTO QUE TIENEN DEMANDADAS, A QUIENES SE LES IMPUTA INCURRIR EN CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.-
- POSICIÓN DE DOMINIO PUEDE PERTENECER NO SÓLO A UNA EMPRESA, PUEDEN DETENTARLA DOS O MÁS EMPRESAS COMPETIDORAS, ÉSTAS EVENTUALMENTE, PUEDEN COORDINAR SUS POLÍTICAS COMERCIALES, SIN QUE EXISTA UN ACUERDO EXPRESO RESPECTO DE ELLO.-
- ALTO GRADO DE CONCENTRACIÓN DE INDUSTRIA DE TELECOMUNICACIONES, UNIDO A EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO MAYORISTA, HACE PATENTE EXISTENCIA DE RIESGOS PARA LIBRE COMPETENCIA.-
- AUTORIDAD IMPONE LIMITACIONES A CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO QUE CADA UNO DE LOS INCUMBENTES PUEDE POSEER, DESDE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES A PARTICIPACIÓN DE ENTES PRIVADOS.-
- HOMOGENEIDAD DE CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO RESULTA RELEVANTE PARA IMPRIMIR COMPETENCIA, CIRCUNSTANCIA QUE UN OPERADOR TENGA MAYOR CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO FRENTE A SUS COMPETIDORES DERIVA EN VENTAJAS DE COSTOS PARA EL PRIMERO, VENTAJAS COMPETITIVAS DIFÍCILMENTE REMONTABLES PARA RESTO DE OPERADORES QUE DESEEN PARTICIPAR EN ESE MERCADO.-
- CORTE SUPREMA ESTABLECE, ACOGIENDO RECURSO CONTRA DECISIÓN DE TDLC SOBRE BASES DE LICITACIÓN BANDA DE 2100 MHZ (TECNOLOGÍA 3G), UNA RESTRICCIÓN DE 60 MHZ COMO CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO QUE CADA OPERADOR PUEDE POSEER, FUNDADA EN NECESIDAD DE INCENTIVAR USO EFICIENTE DEL RECURSO

Y GARANTIZAR LIBRE E IGUALITARIO ACCESO A TELECOMUNICACIONES.-

- LÍMITE MÁXIMO DE CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO DE 60 MHZ, SE IMPONE A TODO OPERADOR MÓVIL, ACTUAL O POTENCIAL, TAL RESTRICCIÓN CONSTITUYE UNA MEDIDA GENERAL QUE SE DISPONE INCLUSO A FUTURO Y DEBE SER RESPETADO TANTO POR ACTUALES OPERADORES COMO AQUELLOS QUE INGRESEN AL MERCADO A FUTURO.-

- YERRA TRIBUNAL RECURRIDO AL PRETENDER RESTRINGIR EFECTOS DE DETERMINACIONES QUE SE ADOPTAN EN MATERIA DE DERECHO DE COMPETENCIA, PUESTO QUE DECISIONES JURISDICCIONALES EN ESTE CASO ESTÁN DIRIGIDAS A TENER VIGENCIA EN TIEMPO Y EN MERCADO ESPECÍFICO AL QUE SE REFIEREN Y CORRESPONDE SEAN OBSERVADAS POR AUTORIDAD SECTORIAL E INCUMBENTES EN ESA ACTIVIDAD ECONÓMICA.-

- SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES HACE CASO OMISO DE DECISIÓN JUDICIAL, NO SÓLO EN LICITACIÓN DE BANDA 700 SINO QUE LICITA BANDA 2600, SIN CONSULTAR PREVIAMENTE AL TDLC, CUESTIÓN IMPRESCINDIBLE PARA PERMITIR PARTICIPACIÓN DE DEMANDADAS SIN EXIGIR QUE PREVIAMENTE SE DESPRENDAN DE CANTIDAD DE ESPECTRO SI SUPERA 60 MHZ.-

- AUTORIDAD SECTORIAL DEBE INICIAR UNA CONSULTA AL TDLC, SI ESTIMA QUE NO SE JUSTIFICA RESTRICCIÓN FIJADA POR CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL MERCADO, PARA QUE ASÍ LO ESTABLEZCA, SÓLO EN MARCO DE UNA CONSULTA PREVIA PUEDE ELIMINAR RESTRICCIÓN DE 60 MHZ O PUEDE ESTABLECER UN LÍMITE SUPERIOR.-

- LÍMITE DE 60 MHZ, VIGENTE A ÉPOCA DE LLEVARSE A CABO CONCURSO DE BANDA 700, ES UNA INFORMACIÓN CON LA QUE CONTABA NO SÓLO AUTORIDAD SECTORIAL, SINO QUE TAMBIÉN LAS DEMANDADAS, YA QUE AQUELLAS FUERON PARTE DEL PROCESO EN QUE SE ESTABLECIÓ.-

- SENTENCIA QUE ESTABLECE RESTRICCIÓN NO IMPIDE A EMPRESAS DEMANDADAS PARTICIPAR EN CONCURSO 700, SINO QUE AL FIJAR LÍMITE DE 60 MHZ, AQUELLAS DEBIERON PREVIAMENTE DESHACERSE DE BANDAS QUE FUERAN PRESCINDIBLES O INICIAR PROCESO DE CONSULTA RESPECTIVO PARA DEJAR SIN EFECTO TAL LÍMITE.-

- VIGENTE LÍMITE DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, COMO MEDIDA NECESARIA E IMPRESCINDIBLE PARA COMPETENCIA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES, SÓLO DESCONOCIMIENTO DE AQUELLO POR PARTE DE LAS DEMANDADAS PERMITE CONFIGURAR CONDUCTA ANTICOMPETITIVA.-

- MEDIDAS QUE EVENTUALMENTE SE PUEDEN ADOPTAR EN CAUSA EN QUE SE ESTABLEZCA EXISTENCIA DE ILÍCITO ANTICOMPETITIVO, NO SÓLO DEBEN ESTAR ESTRUCTAMENTE RELACIONADAS CON AQUELLOS QUE SON PARTE DEL JUICIO, SINO QUE AQUELLAS PUEDEN SER TAN AMPLIAS COMO SEA NECESARIO PARA EFECTOS DE RESTABLECER IMPERIO DE LIBRE COMPETENCIA QUE SE HA VISTO O SE PUEDE VER AFECTADA.-

- SUBTEL, CORRESPONDE A DICHA AUTORIDAD, VELAR NO SÓLO POR CUMPLIMIENTO DE LEYES QUE REGLAN DICHO SECTOR SINO QUE TAMBIÉN POR RESPETO DE LIBRE COMPETENCIA.-

- CONDUCTA ANTICOMPETITIVA DE DEMANDADAS ES PERMITIDA POR AUTORIDAD REGULADORA, QUIEN DEBIÓ HABER PREVISTO EXPRESAMENTE TAL LIMITACIÓN EN BASES DE LICITACIÓN DE BANDA 700, CUESTIÓN QUE NO REALIZÓ, MOTIVO QUE JUSTIFICA NO IMPONER MULTAS A DICHAS EMPRESAS.-

- RESULTA IRRELEVANTE ANALIZAR SI SE DAN LOS REQUISITOS DEL ACAPARAMIENTO CON FINES EXCLUSIVOS, AQUELLO ES IMPORTANTE EN MEDIDA QUE EXISTA UN MERCADO EN QUE NO HAY LÍMITES A POSESIÓN DE CADA PARTÍCIPE DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, SÓLO EN TAL CASO SE DEBEN ANALIZAR SI ADJUDICACIONES TIENE FINES NETAMENTE EXCLUSIVOS.-

- INDUSTRIA DE TELECOMUNICACIONES, MARCO JURÍDICO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA, TIPOS DE MERCADO.-

- LIBRE INICIATIVA O DE LIBERTAD DE EMPRESA, GARANTÍA CONSTITUCIONAL,

HISTORIA FIDEDIGNA DEL PRECEPTO.-

- DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER TIPO DE ACTIVIDAD ECONÓMICA, CONSAGRADO CONSTITUCIONALMENTE, TIENE LÍMITES QUE SE ESTABLECEN EN EL MISMO PRECEPTO CONSTITUCIONAL, MORAL, ORDEN PÚBLICO O SEGURIDAD NACIONAL.-

- DERECHO ECONÓMICO, ESTRUCTURA, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO, LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL.-

- LIBRE COMPETENCIA, LEGISLACIÓN DE DEFENSA, OBJETIVOS, DESARROLLO HISTÓRICO, CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS.-

- LEGISLACIÓN QUE REGULA MATERIA DE AUTOS, TIENE CARÁCTER ECONÓMICO Y ENTRE SUS OBJETIVOS, SE ENCUENTRA REGULACIÓN Y CAUTELA DE LIBRE COMPETENCIA Y DE UN MODO MÁS GENERAL, PUREZA DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO DEL PAÍS.-

- HECHO CUESTIONADO POR RECURRENTE ES OPORTUNIDAD EN QUE SUBTEL DECIDE LICITAR BANDA 700, MATERIA QUE NO PUEDE SER REVISADA POR TRIBUNAL, YA QUE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE LICITAR, SON ASPECTOS QUE PROPIA LEY ENTREGA A DISCRETIONALIDAD DE DICHA AUTORIDAD, TALES ASPECTOS ESCAPAN AL ANÁLISIS ESPECÍFICO QUE DEBE REALIZARSE EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA (VOTO EN CONTRA).-

- EXAMEN DE ANTECEDENTES INCORPORADOS EN AUTOS POR TDLC, PRUEBA QUE RECLAMANTE ESTIMA NO PONDERADA, SE RELACIONA CON NOTICIAS DE PERIÓDICOS QUE DAN CUENTA DE OPINIONES PERSONALES DE AQUELLAS PERSONAS QUE DAN ESA ENTREVISTA, ADEMÁS, SE RELACIONAN CON OPORTUNIDAD DE LICITACIÓN Y CONTENIDO DE BASES, MATERIAS QUE NO PUEDEN SER ANALIZADAS EN AUTOS (VOTO EN CONTRA).-

- INEXISTENCIA DE RESTRICCIÓN A CANTIDAD DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, SENTENCIA DICTADA POR CORTE SUPREMA ESTABLECE TAL LÍMITE EXCLUSIVAMENTE PARA LICITACIÓN DE BANDA 2100 (3G), SIN QUE ÉSTE PUEDA SER CONSIDERADO COMO UN LÍMITE GENERAL, POR IMPEDIRLO CÓDIGO CIVIL Y PORQUE NO PUEDEN TRIBUNALES DE JUSTICIA ATRIBUIRSE COMPETENCIAS DE LAS QUE CARECEN (VOTO EN CONTRA).-

- ESTIMAR QUE LÍMITE DE 60 MHZ SE IMPUSO COMO UNA MEDIDA GENERAL PARA MERCADO DE TELECOMUNICACIONES, IMPLICA ADMITIR QUE CORTE SUPREMA REGULA MERCADO A TRAVÉS DE UNA SENTENCIA, CUESTIÓN QUE RESULTA INADMISIBLE (VOTO EN CONTRA).-

- ELIMINADA EXISTENCIA DE LÍMITE PERMANENTE DE POSESIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO A PARTÍCIPES DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES, RESULTA INCONCUSO QUE PRUEBA RENDIDA NO PERMITE ESTABLECER CONDUCTA ANTICOMPETITIVA ATRIBUIDA A DEMANDADAS (VOTO EN CONTRA).-

- DEMANDANTE NO RINDE PRUEBA QUE ACREDITE QUE DEMANDADAS PUEDEN DAR SERVICIO DE TRASMISIÓN DE DATOS DE MANERA EFICIENTE EN OTRAS BANDAS QUE POSEEN, CUESTIÓN IMPRESCINDIBLE PARA CONFIGURAR ILÍCITO DE ACAPARAMIENTO CON FINES EXCLUSIVOS (VOTO EN CONTRA).-

- AUNQUE EFECTIVAMENTE SENTENCIA ESTABLEZCA LÍMITE DE 60 MHZ CON CARÁCTER GENERAL, IGUALMENTE NO SE PUEDE ESTABLECER QUE DEMANDADAS INCURRAN EN UNA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA, AQUELLAS SÓLO HAN PARTICIPADO EN UN CONCURSO PÚBLICO ABIERTO POR AUTORIDAD SECTORIAL, RAZÓN POR LA QUE NO SE PUEDE CONFIGURAR ELEMENTO SUBJETIVO DEL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO (VOTO EN CONTRA).-

- SOLA CIRCUNSTANCIA QUE DEMANDADAS OSTENTEN PODER DE MERCADO NO CONFIGURA INFRACCIÓN A LIBRE COMPETENCIA, YA QUE CONDUCTAS PROSCRITAS SE RELACIONAN CON ABUSO DE AQUEL PODER, CUESTIÓN QUE NO SE CONFIGURA EN LA ESPECIE (VOTO EN CONTRA).-

RECURSOS:

RECURSO DE RECLAMACIÓN (ACOGIDO) CONTRA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA QUE DESESTIMA DEMANDA POR ACTOS CONSTITUTIVOS DE COMPETENCIA DESLEAL REALIZADOS POR EMPRESAS DEMANDADA EN LICITACIÓN DEL CONCURSO DE BANDA 700.-

TEXTOS LEGALES:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULOS 1º, 3º, 8º, 19 N°S 2, 21, 22, 23, 24, 25 Y 26; 20, 21, 38 Y 108.-

CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 3.-

LEY N° 18.168, GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, ARTÍCULO 2.-

LEY N° 13.305, REAJUSTA LAS REMUNERACIONES DE TODOS LOS EMPLEADOS QUE PRESTAN SERVICIOS EN CHILE, SUPLEMENTA EL PRESUPUESTO DE LA NACIÓN, ESTABLECE NUEVA UNIDAD MONETARIA, CONCEDE FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y MODIFICA LAS LEYES QUE SEÑALA, ARTÍCULOS 172 Y 173.-

DECRETO LEY N° 211, FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, ARTÍCULO 3.-

JURISPRUDENCIA:

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

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

Es así como, en la especie las demandadas si bien no alcanzan individualmente el 30% de participación en el mercado, lo cierto es que su participación es altísima, si se considera que los únicos dos desafiantes manejan cifras sustancialmente menores de participación, la que sólo se obtuvo gracias a la imposición del límite de posesión del espectro radioeléctrico en la licitación de la banda 2.600 (3G). En efecto, las tres demandadas manejan en forma conjunta el 83% del mercado, circunstancia que determina la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas a quienes se les imputa incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras, las cuales, eventualmente, pueden coordinar sus políticas comerciales, sin que exista un acuerdo expreso respecto de ello.

El alto grado de concentración de la industria, unido a la existencia de barreras de entrada al mercado mayorista, hace patente la existencia de riesgos para la libre competencia. En este aspecto, se debe enfatizar que en el panorama descrito da cuenta de la importancia que aún el escenario actual reviste la posibilidad de adjudicarse bandas y operar como OMR. Desde otra perspectiva, no sólo es importante

contar con bandas de espectro radioeléctrico sino que, eventualmente, puede ser beneficioso para las incumbentes impedir que ingresen nuevos operadores al mercado mayorista, toda vez que aquello les permite manejar el comportamiento del mercado minorista.

En razón de lo anterior se debe analizar en profundidad si las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva que les permitiría seguir gozando de la posición de dominio en el mercado mayorista, al cerrarlo a nuevos competidores, teniendo presente que, como se señaló, el manejo del mercado mayorista deja a los incumbentes en una situación de privilegio en el mercado minorista, toda vez que, el manejo del primero determina indudablemente el comportamiento del segundo mercado, siendo del caso señalar que el porcentaje de participación de las demandadas en el último mercado, es el siguiente:...

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

Así, la exposición de la participación en el mercado mayorista y minorista, la efectividad de tener estas características oligopólicas y la existencia de barreras de entrada, permite aseverar que las tres demandadas tienen a la fecha una posición de dominio. Es en este contexto que debe analizarse aquello que reviste la base angular de lo que fue demandado en autos y que constituye la base medular de la reclamación incoada, esto es la existencia de un límite de espectro radioeléctrico que pueden adjudicarse cada uno de los partícipes en el mercado mayorista de las telecomunicaciones." (Corte Suprema, considerando 13°).

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

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

Ahora bien, elocuente es el tenor de la sentencia dictada por esta Corte en los autos Rol N° 4797 (Resolución 27 del TDLC), que estableció, en el marco de la consulta respecto de las bases de licitación del concurso 3G, la restricción de 60 MHz como cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los operadores puede poseer, refiriendo expresamente que esta limitación es necesaria para incentivar su uso eficiente del recurso y garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones.

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

Así, es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una

medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro, pues claramente a ello se refiere al establecer que el límite debe ser respetado por los actuales operadores como los que ingresen al mercado a futuro." (Corte Suprema, considerando 14°).

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

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

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

En efecto, las demandadas para participar en el concurso 700, debieron previamente deshacerse de aquellas bandas que fueran prescindibles o iniciar el proceso de consulta respectivo para dejar sin efecto el límite antes referido, proceso en el que igualmente se pudo establecer que el límite de posesión de espectro radioeléctrico, atendida las actuales características del mercado, es mayor a aquel que se encuentra vigente, cuestión que les hubiera permitido adjudicarse libremente los bloques licitados, sin incurrir en una conducta anticompetitiva." (Corte Suprema, considerando 17°).

"Que, por otro lado, a juicio de quienes emiten este voto particular, no existe una restricción a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada incumbente puede poseer, toda vez que la sentencia recaída en los autos rol N° 4797-2008, estableció tal límite exclusivamente para la licitación de la banda 2100 (3G), sin que éste pueda ser considerado como un límite general que rebasó el referido concurso, no sólo por impedirlo el artículo 3° del Código Civil, sino porque además no pueden los tribunales de justicia atribuirse competencias de las que carecen. En efecto, estimar que el límite de 60 MHz se impuso como una medida general para el mercado de las telecomunicaciones, implica admitir que esta Corte reguló el mercado a través de una sentencia, cuestión que resulta inadmisibles." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sra. Sandoval y Sr. Aránguiz, considerando 3°).

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

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

Tampoco se ha rendido por la demandante, prueba que acredite que las demandadas puedan dar el servicio de transmisión de datos de manera eficiente en las otras bandas que poseen, cuestión que era imprescindible para configurar el ilícito de acaparamiento con fines exclusorios." (Corte Suprema, voto en contra de los Ministros Sra. Sandoval y Sr. Aránguiz, considerando 4°).

MINISTROS:

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Carlos Cerda F., y Sr. Jorge Dahm O.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE TRIBUNAL DE DEFENSA A LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, quince de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

1. A fojas 27, el 6 de marzo de 2014, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (en adelante indistintamente "**Conadecus**") interpuso una demanda en contra de Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante indistintamente "Telefónica"), Claro Chile S.A. (en adelante indistintamente "Claro") y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (en adelante indistintamente "Entel"), imputándoles haber infringido el artículo 3o del Decreto Ley N° 211 (en adelante "D.L. N° 211"). En específico, la demandante sostiene que las demandadas habrían incurrido en dicha infracción al postular en el "Concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos en las bandas de frecuencia de 713-748 MHz y 768-803 MHz" (en adelante el "Concurso 700 MHz"), excediendo los límites de espectro radioeléctrico de que puede disponer lícitamente un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, acaparando dicho recurso y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente, así como la necesaria homogeneidad en su distribución. Todo lo anterior con el objeto y efecto de impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado, al bloquear o retardar el ingreso de nuevos competidores.

1.1. **Conadecus** señala que la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante indistintamente "Subtel") licitó a fines de 2013 concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 768-803 MHz, también conocida como "banda de 700 MHz", que sería una de las cinco bandas disponibles en el país para servicios de telefonía móvil.

1.2. La demandante sostiene que con el objeto de velar por la libre competencia, la Excm. Corte Suprema, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, dispuso un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil (en adelante la "Sentencia de la Corte Suprema"). Agrega que el mismo límite habría sido establecido previamente por este Tribunal en su Resolución N° 2/2005. En opinión de **Conadecus**, este límite no habría sido respetado por las demandadas en el "Concurso público para otorgar concesiones de Servicio Público de Transmisión de Datos Fijo y/o Móvil en las bandas de frecuencias 2.505-2.565 MHz y 2.625-2.685 MHz" convocado en 2011 (en adelante el "Concurso 2.600 MHz") y en el Concurso 700 MHz, señalando que, aun cuando las bases de ambos concursos no hicieron referencia al límite de 60 MHz, las demandadas debieron haberlo respetado por ser empresas superdominantes que, como tales, tienen un especial deber de cuidado.

1.3. La actora indica que el mercado relevante estaría constituido por los principales servicios de telefonía móvil, que en la actualidad incluyen prestaciones de voz, acceso móvil a internet y servicios complementarios como SMS. Además, sostiene que la jurisprudencia habría reconocido que el principal insumo en el referido mercado relevante es el acceso al espectro radioeléctrico.

1.4. **Conadecus** afirma que por medio del Concurso 2.600 MHz cada una de las demandadas agregó

40 MHz a su anterior disponibilidad individual de espectro quedando, previo al Concurso 700 MHz, Telefónica con 95 MHz, Entel con 100 MHz, Claro con 95 MHz, VTR con 30 MHz y Nextel con 60 MHz. Luego, de adjudicarse el Concurso 700 MHz a las demandadas, éstas pasarían a tener, en total, los siguientes anchos de banda: Telefónica 115 MHz, Entel 130 MHz y Claro 115 MHz.

1.5. A juicio de **Conadecus**, las demandadas habrían aprovechado los siguientes aspectos de las bases del Concurso 700 MHz (en adelante las "Bases") para acaparar espectro radioeléctrico:

1.5.1. En primer lugar, las Bases habrían establecido exigencias de tal magnitud que sólo las demandadas podrían cumplirlas, lo que atentaría contra el marco regulatorio vigente y no fomentaría la libre competencia, a saber: (i) la cobertura obligatoria en 1.200 localidades; (ii) el transporte de datos para terceros desde capitales de regiones; y (iii) la atención gratuita de escuelas.

1.5.2. En segundo lugar, las Bases habrían exigido u otorgado puntaje por presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para operadores móviles virtuales (en adelante indistintamente "OMV") en las nuevas redes de 700 MHz, en circunstancias que es obligación de las demandadas presentar esas ofertas de facilidades y reventa de planes para todas sus redes. Además, esta exigencia no contribuiría al desarrollo de los OMV, porque la mayoría de los usuarios no tiene terminales móviles aptos para esta banda.

1.5.3. Finalmente, las Bases no habrían considerado el límite de 60 MHz de tenencia de espectro. Con respecto al límite de 60 MHz de tenencia de espectro, **Conadecus** expresa que este emanaría de la Resolución N° 2/2005 y de la Sentencia de la Corte Suprema que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal.

1.6.1. Precisa que la Resolución N° 2/2005, que aprobó la fusión entre Telefónica y BellSouth Corporation, dispuso que Telefónica debía vender a terceros no relacionados uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz y que el comprador de ese bloque no podía acumular frecuencias de espectro por más de 60 MHz.

1.6.2. Respecto a la Sentencia de la Corte Suprema que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 de este Tribunal, la demandante explica que previo a la licitación de la banda de 2.100 MHz (en adelante el "Concurso 3G"), la Subtel habría consultado a este Tribunal si correspondía establecer en sus bases algún tipo de exclusión o restricción a la participación de las empresas que ya eran concesionarias del servicio telefónico móvil. Mediante Resolución N° 27/2008, este Tribunal se habría pronunciado al respecto, señalando que no resultaba procedente excluir o restringir la participación de las empresas incumbentes. No obstante, la Sentencia de la Corte Suprema habría determinado que había que imponer un límite de 60 MHz a la cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador de telefonía móvil, actual o potencial, pero no habría prohibido la participación de los operadores existentes, sino señalando que, si la cantidad de espectro acumulado por ellos excedía tal límite, éstos deberían desprenderse de la cantidad de espectro que fuese necesaria para ajustarse al mismo. Al respecto, **Conadecus** cita la consideración decimoséptima de dicha sentencia, que dispone: "... una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores..

1.7. Según la demandante habría jurisprudencia adicional sobre el acaparamiento de espectro, citando al respecto la Sentencia N° 13/2005 de este Tribunal. Dicha sentencia habría rechazado la demanda deducida por Entel en contra de la Subtel basada en que ésta última habría restringido o entorpecido la libre competencia al haber llamado a concurso para otorgar concesiones de servicio telefónico local inalámbrico en las frecuencias 3.400 a 3.700 MHz el año 2004, imponiendo como limitación en las bases correspondientes que ninguna empresa o grupo de empresas relacionadas podía acumular más de 100

MHz en una misma zona geográfica, siguiendo el criterio impuesto por la H. Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 584/2000. Al rechazar esta demanda, se habría confirmado la validez y vigencia del límite de 100 MHz.

1.8. Por otra parte, **Conadecus** señala que la figura del acaparamiento habría sido reconocida por este Tribunal en las Sentencias Nos 86/2009 y 134/2014 y en la Resolución N° 18/2006.

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

1.10. Sostiene que los órganos de defensa de la libre competencia habrían reconocido que aquellos que detentan una posición dominante tienen un especial deber de cuidado en sus actos, que les exige velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia y no generen situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico. Agrega que la figura de un especial deber de cuidado habría sido reconocida en las Sentencias Nos 75/2008, 85/2009, 86/2009 y 115/2011.

1.11. En relación con el objeto e interés legítimo de **Conadecus**, la demandante sostiene que, de conformidad con sus estatutos, su objetivo es proteger, informar y educar a los consumidores así como asumir su representación y la defensa de sus derechos. Agrega que, según lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante la "Ley del Consumidor"), las asociaciones de consumidores pueden representar a sus miembros en causas no circunscritas a dicha ley. Añade que este Tribunal ha considerado su opinión en causas no contenciosas, como en la causa rol NC N° 388-11.

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

1.13. Atendido lo expuesto, la demandante solicita a este Tribunal:

(i) Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3o del D. L. N° 211, al acaparar e intentar acaparar espectro radioeléctrico, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, bloqueando o retardando en los hechos el ingreso de nuevos competidores a dicho mercado;

(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, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel;

(iii) Disponer que, en subsidio de lo solicitado en el número anterior, las demandadas se desprendan en el menor plazo posible de las bandas de frecuencias acaparadas en forma ilícita, hasta ajustarse al límite de 60 MHz que dispuso la Excm. Corte Suprema o al que disponga este Tribunal en un debido proceso no contencioso;

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

(v) Sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal ascendente a la suma de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, en virtud de la gravedad de los hechos denunciados y la calidad de

reincidentes rebeldes de las demandadas.

2. A fojas 117, el 27 de mayo de 2014, Telefónica contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

2.1. Señala que lo que estaría siendo reprochado son las Bases, puesto que tendrían un supuesto efecto exclusorio, por lo que sostiene que cualquier reparo debería dirigirse a la Subtel. De esta manera, respecto de todas las afirmaciones, pretensiones y solicitudes relacionadas con el Concurso 700 MHz y sus bases, Telefónica opone la excepción de falta de legitimación pasiva. Sostiene que el tipo contenido en el artículo 3° del D. L. N° 211 exige que el demandado ejecute o celebre algún acto contrario a las normas de libre competencia, por lo que resultaría evidente, público y notorio que no le ha cabido autoría de ninguno de los actos objetados por la demandante referidos al Concurso 700 MHz, que son propios del ejercicio de potestades públicas por un órgano público competente. Precisa que: (i) el llamado a concurso es una decisión exclusiva de la autoridad sectorial; (ii) los únicos concursantes fueron las demandadas, por lo que, de no mediar su participación, el concurso habría sido declarado desierto; y (iii) no se observa ningún potencial competidor que haya manifestado interés en adjudicarse la banda de 700 MHz alegando estar excluido o, al menos, nadie impugnó las Bases. Lo anterior, a juicio de Telefónica, permitiría concluir que la demanda de autos sólo busca cuestionar el llamado a concurso de la Subtel. En apoyo a su postura cita la Sentencia N° 75/2008 de este Tribunal.

2.2. Respecto de todas las afirmaciones, pretensiones y solicitudes relacionadas con los actos imputados a Telefónica, ésta opone la excepción de falta de legitimación activa, argumentando que la titularidad de la acción en este juicio sólo podría corresponder a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente "FNE" o la "Fiscalía") o a un competidor actual o potencial. De esta manera, Telefónica señala que: (i) la titularidad de una acción en un proceso de carácter contencioso implica la afectación de una prerrogativa subjetiva amparada por el Derecho en favor del actor, que dada su condición de parte lo legitima a actuar en el proceso; (ii) no habría un interés actual legítimo comprometido propio de **Conadecus**, pues no existirían antecedentes que permitan sostener que existe un vínculo causal entre la causa de pedir (participación en el Concurso 700 MHz), por un lado, y la afectación de algún interés de terceros, por el otro; (iii) el interés que **Conadecus** esgrime no sería la defensa de los derechos colectivos o difusos de los consumidores, sino que el interés general de la colectividad en el orden económico que representa la FNE de conformidad con el artículo 39 letra b) del D.L. N° 211; (iv) el artículo 8° letra e) de la Ley del Consumidor haría referencia al "ejercicio de las acciones y recursos que procedan" y no procedería que **Conadecus** sea quien se atribuya la titularidad de una acción de libre competencia que correspondería a la FNE de acuerdo a la norma especial y de aplicación preferente contenida en el D.L. N° 211; y, (v) los precedentes citados por **Conadecus** que justificarían su intervención en autos guardarían relación sólo con procesos de carácter no contencioso, que tienen exigencias distintas a las de un proceso contencioso.

2.3. En subsidio de lo anterior, Telefónica indica que ha actuado al amparo de su derecho constitucional a desarrollar una actividad económica respetando las normas legales que la regulan y en cumplimiento de una obligación legal como concesionario. Respecto de lo primero, explica que ha respetado las normas contenidas en la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (en adelante indistintamente "LGT"), que regula los requisitos para postular, participar y adjudicarse espectro en cada uno de los concursos. Sostiene que los precedentes citados por **Conadecus** no permitirían sostener la existencia de un límite de 60 MHz. En este sentido, expone que: (i) la Resolución N° 584/2000 y la Sentencia N° 13/2005 se referían al servicio público telefónico local fijo-inalámbrico, que es distinto al de los Concursos 2.600 y 700 MHz, de modo que el límite de 100 MHz impuesto a las empresas dominantes en el mercado de la telefonía local no sería aplicable al Concurso 700 MHz; (ii) la Resolución N° 2/2005, por su parte, se refirió únicamente al servicio público telefónico móvil de voz y no al de datos, a diferencia de los Concursos 2.600 y 700 MHz. Añade que las condiciones de mercado también eran distintas al tiempo de las indicadas sentencia y resoluciones porque, por ejemplo, no existían entonces los OMV; (iii) la Resolución N° 27/2008, modificada por la Sentencia de la Corte Suprema, sólo se refirió al servicio público telefónico móvil digital avanzado y no al de transmisión de datos. Indica que dicha resolución sólo

habría regido para el Concurso 3G, atendido el efecto relativo de las sentencias.

2.4. Adicionalmente, Telefónica afirma que no sería efectivo que la adición de espectro por sobre los 60 MHz infrinja alguna prohibición cuya fuente sea la aplicación de la doctrina del especial deber de cuidado. Telefónica es de la opinión que dicha doctrina no ha recibido un reconocimiento que la constituya en una fuente del Derecho de Competencia. Con todo, agrega que dicha doctrina no sería aplicable a la situación de autos ya que: (i) su aplicación se ha realizado en el contexto de partes consideradas como monopolios legales, cuasi monopolios o superdominantes, lo que no se verificaría en la especie; (ii) para que sea procedente su aplicación, debe configurarse un abuso de posición dominante, pero Telefónica no tendría una posición de dominio ni habría cometido abuso alguno, toda vez que las bandas de frecuencia en cuestión se habrían asignado mediante concursos públicos abiertos, transparentes y de acceso igualitario; (iii) solicitar y obtener espectro por sobre 60 MHz no puede considerarse una infracción a un estándar de cuidado, pues existe una utilidad en obtener tal asignación y porque la Fiscalía habría cerrado la investigación sobre eventuales riesgos anticompetitivos del Concurso 700 MHz (Rol FNE N° 2217-13); y (iv) Telefónica habría actuado de buena fe respetando las indicaciones de la Subtel y de la Fiscalía, lo cual generó su confianza en la legitimidad de su actuar.

2.5. Respecto del cumplimiento de una obligación legal como concesionario, Telefónica explica que, dadas sus obligaciones de cobertura y las condiciones bajo las cuales debe prestar sus servicios, le resulta imprescindible tener acceso a las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico. Por ello, la adición de espectro por parte de Telefónica no tendría por objeto obtener ilícitamente una ventaja competitiva con la sola finalidad de bloquear o retardar la entrada de competidores. En este contexto, Telefónica señala que no habría un frágil nivel de competencia en el mercado de telefonía móvil. En la Resolución N° 27/2008 se detallaron algunos elementos que permitirían favorecer la competencia, los cuales ya se presentarían actualmente, a saber, la entrada de nuevos competidores, la reducción de barreras de entrada mediante la implementación de la portabilidad numérica, la existencia de operadores de infraestructura y la competencia entre las distintas redes.

2.6. Añade que no es efectivo que las bandas que le fueron adjudicadas en el Concurso 700 MHz carezcan de una utilidad real o una eficiencia técnico- económica, toda vez que la banda de 700 MHz sería complementaria a la asignada en el Concurso 2.600 MHz, por sus distintas características de propagación. En este sentido, explica que requiere y tiene incentivos para adjudicarse espectro en la banda de 700 MHz, ya que: (i) los usuarios estarían cambiando sus usos y su comportamiento desde un tráfico de voz a uno de datos, que utiliza un mayor ancho de banda; (ii) una asignación de espectro en esta banda le permitiría competir con el servicio de internet de banda ancha fija; y (iii) la inejecución del proyecto comprometido con el espectro asignado en la banda de 700 MHz implicaría el cobro de boletas de garantías ascendentes a cincuenta millones de dólares de Estados Unidos de América.

2.7. En opinión de Telefónica, las siguientes consideraciones de contexto también justificarían el rechazo de la demanda:

2.7.1. En primer lugar, participar en concursos para la asignación de espectro radioeléctrico implicaría incurrir en altos costos, como el pago por asignación y la emisión de boletas de garantía para el cumplimiento del servicio comprometido.

2.7.2. En segundo lugar, de ser cierta la interpretación de **Conadecus**, sólo 30 MHz en la banda de 700 MHz podrían ser asignados a operadores móviles con redes y, de los operadores móviles con red, sólo VTR podría haber participado en el Concurso 700 MHz. En este escenario, las demandadas tendrían que desprenderse de infraestructura costosa que han levantado. Añade que la tenencia de espectro no es un requisito fundamental para competir en el mercado de telefonía móvil.

2.7.3. En tercer término, indica que en la demanda no se señala cómo la participación de Telefónica en el Concurso 700 MHz pudiese tener un impacto negativo en el bienestar de los consumidores.

2.7.4. En cuarto término, Telefónica sostiene que una restricción de spectrum cap afectaría la inversión de los operadores que requieren de la banda de 700 MHz y no fomentaría el despliegue de infraestructura. Finalmente, sostiene que la banda de 700 MHz tiene otros beneficios, como una mejor propagación de la señal, se requieren menos celdas para cubrir la misma superficie y conlleva un menor impacto ambiental y visual.

2.8. Atendido lo expuesto, Telefónica solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas. En subsidio, solicita se lo exima de multa por haber actuado de buena fe siguiendo las indicaciones de la autoridad sectorial y de la FNE. En subsidio de lo anterior, pide que se rebaje sustancialmente el monto de la multa, dado que la responsabilidad de Telefónica estaría atenuada.

3. A fojas 291, el 30 de junio de 2014, Claro contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

3.1. Claro indica que no ha participado en el Concurso 700 MHz, sino que fue Claro Servicios Empresariales S.A. y que, en cualquier evento, ni ésta ni aquella se encontrarían afectadas por una prohibición legal de participar en tal concurso.

3.2. A juicio de Claro, **Conadecus** habría formulado un reproche a las Bases, en las que Claro no habría tenido ninguna injerencia. De esta manera, sostiene que la redacción de las Bases la realizó la Subtel en ejercicio de sus facultades discrecionales, y que habría considerado aspectos de políticas públicas de telecomunicaciones y objetivos de libre competencia, toda vez que Subtel: (i) incorporó en las Bases una obligación de respetar las instrucciones emitidas por este Tribunal en los contratos o servicios que se presenten en el futuro por medio de las bandas adjudicadas; (ii) otorgó puntaje por porcentaje de descuento para planes de uso de red para OMV y roaming automático nacional; (iii) estableció la obligación de mantener, durante la vigencia de la concesión, una oferta de facilidad y reventa de planes para OMV y una oferta básica de interconexión para la provisión de roaming nacional; (iv) aseguró que cada persona jurídica podía adjudicarse un solo bloque; y (v) estableció bloques asimétricos, permitiendo así la participación de empresas de distintos tamaños.

3.3. Agrega que la Fiscalía compartió el criterio de la Subtel en cuanto a que las Bases considerarían políticas de competencia, pues aquella inició el 9 de mayo de 2013 una investigación respecto del Concurso 700 MHz, la cual fue archivada por no identificarse riesgos para la libre competencia. Asimismo, sostiene que las cláusulas sociales incorporadas en las Bases buscaron la conectividad de sectores alejados.

3.4. Claro indica que el concurso fue un procedimiento abierto a incumbentes y desafiantes y fue el resultado de un proceso competitivo. Explica que en una licitación, la competencia se produciría ex ante por el solo hecho de participar al menos dos actores y, en este caso, participaron cinco agentes económicos. Añade que las ofertas presentadas por Claro Servicios Empresariales S. A. fueron garantizadas con boletas de garantía y, dado que se produjo un empate técnico, se procedió a aplicar el mecanismo de subasta establecido en el artículo 13 C de la LGT, por lo que se pagó por la asignación, todo lo cual descartaría cualquier conducta especulativa. A mayor abundamiento, señala que la concesión asignada a Claro Servicios Empresariales S. A. la obligaría a invertir en el desarrollo de redes para usar las frecuencias asignadas.

3.5. Claro sostiene que necesitaría el bloque que le ha sido adjudicado para desarrollar su actividad. A este respecto indica que, atendido el desarrollo tecnológico en el mercado de telefonía móvil, se requeriría mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de los consumidores, quienes consumen cada vez más servicios de transmisión de datos, los que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. Añade que, al ser Claro el actor de menor tamaño en el mercado de internet, el espectro asignado es lo que le permitirá desafiar este mercado.

3.6. En opinión de Claro, los mercados relevantes de autos serían el de transmisión de voz móvil y

transmisión de datos o banda ancha móvil. Al respecto señala que ella no tendría una posición dominante en ninguno de ellos, pues en transmisión de voz tendría un 22,5% de participación, mientras que en datos, tendría un 18,8%. Agrega que a contar del año 2008 han ingresado nuevos actores, lo que demostraría que el mercado es desafiante y que ya no sería necesario contar con espectro para poder prestar servicios de telefonía e internet móvil.

3.7. Claro afirma que **Conadecus** no tendría legitimación activa para accionar en autos. Argumenta que el artículo 8° de la Ley del Consumidor establece de manera taxativa las funciones que puede llevar a cabo una asociación de consumidores y circunscribiría la legitimación activa de la actora a las acciones que señala tal ley y que se ejerzan con el fin de velar por el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores. De esta manera, al no estar contemplada la acción contenciosa de libre competencia en la Ley del Consumidor, no correspondería a **Conadecus** ejercer la acción de autos. Agrega que la jurisprudencia de este Tribunal, establecida en la Sentencia N° 98/2010, ha delimitado con claridad quienes tienen legitimación activa para accionar en esta sede, requiriendo que el legitimado para accionar tenga la calidad de víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, lo cual sólo podría concurrir si la demandante participa, actual o potencialmente, en el mercado o involucra otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por la conducta. Concluye que **Conadecus** no tendría la calidad de víctima directa. Finalmente, señala que los precedentes judiciales que cita **Conadecus** no serían relevantes ya que ellos dicen relación con procedimientos no contenciosos.

3.8. Claro argumenta que también habría una falta de legitimación pasiva respecto de ella. En efecto, indica que en la demanda se objetan elementos del Concurso 700 MHz, el cual ha sido diseñado, evaluado y adjudicado por la Subtel y en el que sólo Claro Servicios Empresariales S. A. participó como proponente, por lo que a Claro no le cabe participación alguna en los actos que son objeto del reproche formulado en la demanda. A juicio de Claro, de acuerdo a la Sentencia N° 75/2008, no sólo sería procedente acoger su excepción de falta de legitimidad pasiva, sino que este Tribunal estaría inhibido de aplicar sanciones respecto de los actos o decisiones de Subtel.

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

3.10. En este contexto, señala que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, ya que, a esa fecha: (i) las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil; (ii) aún no se habían desarrollado los OMV; (iii) no se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica; y (iv) el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente.

3.11. Claro explica que no existiría un abuso de posición dominante de naturaleza exclusoria. En primer lugar, afirma que ella no gozaría de una posición dominante en el mercado de telefonía móvil o de transmisión de datos móvil. Agrega que tampoco habría cometido abuso alguno, puesto que no vislumbra cómo participar en el Concurso 700 MHz podría constituir un acto distinto de aquellos propios y naturales de quienes participan en una situación normal de competencia en las transacciones comerciales de productos o servicios, o bien un medio distinto de los que rigen una competencia basada en los méritos. Así, el derecho a participar en un concurso estaría protegido por la garantía contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

3.12. Agrega que la teoría del deber especial de cuidado resultaría inaplicable, ya que Claro no tendría una posición de dominio. También señala que dicha teoría tendría aplicación sólo en casos de superdominancia, lo que tampoco se daría en la especie.

3.13. A juicio de Claro habría una inexistencia e inaplicabilidad en autos de la supuesta teoría general del acaparamiento. Así, afirma que **Conadecus** no habría indicado qué entiende por acaparamiento ni cómo ello se enmarcaría dentro del artículo 3° del D.L. N° 211. Sostiene que los precedentes jurisprudenciales citados por **Conadecus** serían sustancialmente diferentes al caso de autos por los siguientes motivos: (i) respecto de la Sentencia N° 86/2009, señala que en dicho proceso se habría sancionado por haber solicitado derechos de aprovechamiento sin haber consultado previamente, puesto que se había impuesto tal carga en un procedimiento no contencioso previo, mientras que, tratándose de espectro radioeléctrico, no hay un procedimiento previo respecto de las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz; (ii) tratándose de la Sentencia N° 134/2014, indica que dicho proceso versó sobre un acuerdo colusorio por parte de cinco empresas de transporte de pasajeros, mientras que en autos se imputan tres conductas unilaterales paralelas e independientes entre sí; y (iii) en lo relativo a la Resolución N° 18/2006, se habría impuesto a la Dirección General de Aguas el deber de informar de a la Fiscalía Nacional Económica cuando se soliciten derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para la generación hidroeléctrica, mientras que en este proceso la FNE archivó la investigación que llevaba sobre el Concurso 700 MHz.

3.14. En subsidio de lo anterior, señala que existiría una desproporción entre la multa que **Conadecus** solicita que se imponga y la conducta que imputa a Claro y al resto de las demandadas. Asimismo, niega la reincidencia que alega la actora.

3.15. En atención a lo anterior, Claro solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

4. A fojas 327, el 30 de junio de 2014, Entel contestó la demanda de **Conadecus**, solicitando su rechazo con costas, por las siguientes consideraciones:

4.1. En primer término, Entel alega la falta de legitimación activa de **Conadecus**. Explica que el D.L. N° 211 no conferiría acción popular y que **Conadecus** no tendría la calidad de parte. Agrega que la representación del interés general de la colectividad sería privativa de la Fiscalía. En este sentido cita la Sentencia N° 98/2010 de este Tribunal, que habría establecido que pueden ser parte sólo los sujetos pasivos inmediatos de la conducta supuestamente ilícita, situación que no se daría con **Conadecus**, quien invoca un espíritu de defensa de la libre competencia y el supuesto interés de consumidores finales, en circunstancias que el supuesto límite de tenencia de espectro sólo favorecería a potenciales competidores o entrantes. Así, concluye que en la demanda no habría claridad sobre la persona que resulta ofendida por la conducta que se imputa.

4.2. Adicionalmente, señala que los precedentes citados por **Conadecus** para justificar su calidad de legitimado activo no se aplicarían en la especie, ya que ellos se refieren a procesos no contenciosos, en los que se exige un interés legítimo, concepto que sería distinto al de parte que establece el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211, atendido que ambos procedimientos tendrían una naturaleza diferente.

4.3. Sostiene que **Conadecus** no tendría facultades para representar el interés de competidores actuales o potenciales. Explica que, en el petitorio de la demanda de autos, la demandante pareciera indicar que el interés que invoca es el de los competidores supuestamente bloqueados o cuyo ingreso habría sido retardado. En consecuencia, si la tesis de **Conadecus** fuera cierta, sólo esos potenciales entrantes y la FNE podrían plantear la demanda de autos.

4.4. A mayor abundamiento, indica que **Conadecus** carecería de interés actual, real y legítimo para interponer la demanda de autos, puesto que de acuerdo con las normas del Concurso 700 MHz, no podría considerarse como un interesado directo. Así, en materia contencioso administrativa, quienes tienen interés directo son únicamente quienes hayan intervenido en ellos como parte interesada. Esta sería la regla en los procesos de licitación pública regulados por la Ley de Contratación Pública, criterio que habría sido reconocido por la Excma. Corte Suprema y que sería concordante con las normas de la Ley N°

19.880. Por lo anterior, no habiendo participado **Conadecus** en el Concurso 700 MHz, su derecho para impugnar las bases y los resultados de tal concurso habría precluido con las resoluciones que asignaron las concesiones de espectro radioeléctrico.

4.5. Por otro lado, Entel sostiene que habría una falta de legitimación pasiva. Argumenta que la demanda de autos no habría sido dirigida contra el sujeto pasivo de los hechos que la fundamentan. En primer término, porque Entel no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que quien habría participado y a quien le habrían asignado frecuencias en la banda de 700 MHz habría sido Will S.A., quien, si bien es una empresa relacionada con Entel, ello no permitiría atribuir a esta última una conducta relativa a un concurso en el que no habría participado. Concluye que **Conadecus** debió haber demandado a la persona que participó en el Concurso que acusa viciado.

4.6. Adicionalmente, Entel señala que **Conadecus** basa íntegramente su imputación de acaparamiento en las condiciones en que se organizó el Concurso 700 MHz y en sus bases, por lo que no se aprecia cómo ella podría tener legitimación pasiva en autos. De esta manera, agrega que, de conformidad con el artículo 13 C de la LGT, sería el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones quien tendría la autoridad para definir las condiciones de un concurso público, lo que haría evidente que es dicho ministerio, por medio de la Subtel, el legitimado pasivamente en el caso de autos. Añade que la jurisprudencia de este Tribunal, en la Sentencia N° 75/2008, habría reconocido que debe aceptarse la excepción de legitimación pasiva si lo que se cuestiona son las bases de licitación dictadas por una entidad que no ha sido demandada en el juicio.

4.7. Sin perjuicio de la excepción de falta de legitimación pasiva que opone Entel, esta también señala que la demanda de autos debería ser rechazada dado el litisconsorcio pasivo necesario que existiría entre las demandadas y la Subtel. Sostiene que la falta de comparecencia en este proceso le generaría graves perjuicios a la Subtel, ya que la acción de **Conadecus** buscaría dejar sin efecto todo lo obrado en el Concurso 700 MHz. Atendido lo anterior y con el objeto de proteger el principio de la bilateralidad de la audiencia, la Subtel debería haber sido emplazada.

4.8. A juicio de Entel, no existiría el ilícito que se le imputa. A este respecto sostiene que no sería posible derivar un ilícito de la participación en un concurso público llevado a cabo válidamente por el órgano de la administración competente en la materia. Lo anterior lo fundamenta en que: (i) dado que el Concurso 700 MHz constituye un procedimiento administrativo compuesto por diversos actos administrativos, éstos gozan de una presunción de legalidad, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 19.880. De esta manera, no habiendo sido declaradas ilegales las Bases, la presunción de legalidad se mantendría, por lo que Entel habría actuado bajo la confianza de tal presunción; (ii) la FNE realizó una investigación al Concurso 700 MHz, que en definitiva habría sido archivada ya que de los antecedentes revisados no habría observado hechos, actos o convenciones contrarias al D. L. N° 211. Agrega que el informe evacuado por el Jefe de la Unidad de Investigaciones de la FNE incluso habría destacado algunas de las condiciones del Concurso 700 MHz; (iii) la FNE habría participado en conjunto con la Subtel en la redacción de las Bases, con el objeto de fomentar la competencia a través de este concurso, según se acreditaría en la respuesta 189 evacuada por la Subtel en el proceso de consultas y respuestas; y (iv) sería imposible derivar de la participación en el Concurso 700 MHz un ilícito competitivo.

4.9. Entel también señala que no existiría un ilícito contra la libre competencia. Sostiene que la conducta de acaparamiento correspondería a una conducta unilateral anticompetitiva de tipo exclusorio. En este sentido, considera que no se cumpliría ninguno de los requisitos necesarios para configurar ese tipo de abusos, ya que: (i) ella no tendría una posición de dominio en el mercado de telefonía móvil; (ii) la participación en un concurso público no puede constituir una conducta abusiva, ya que la expresión "abuso" excluiría aquellas conductas realizadas al amparo de la legislación; (iii) la participación de Will S. A. en el Concurso 700 MHz no habría tenido un efecto exclusorio puesto que no habría habido nadie a quien excluir. Así, Entel no se explica cómo se produciría la exclusión atendido que la participación de Will S.A. sería posterior al momento en que debieron haber participado los otros supuestos interesados; (iv) la conducta imputada sería inepta para excluir, ya que no sería necesario contar con espectro

radioeléctrico para prestar servicios móviles; y (v) no sería aplicable la doctrina de las facilidades esenciales, porque no hay tales instalaciones dado que existen redes de otras compañías y porque tampoco habría negativa de venta.

4.10. Por otra parte, Entel alega que no existe un supuesto deber especial de abstención en el concurso. Ello, dado que Entel no tendría una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, ya que compite con otras cuatro redes y compañías; y porque las Bases impusieron la obligación de realizar oferta de facilidades a los OMV. En consecuencia, a juicio de Entel, la alegación de **Conadecus** carecería de sentido, ya que lo que se busca con la construcción del especial deber de cuidado es proteger a terceros de abusos exclusorios, pero no impedir que una empresa compita.

4.11. Entel sostiene que serían improcedentes las imputaciones referidas a la regulación del Concurso 700 MHz. Esto se debería a que la Sentencia de la Corte Suprema tendría efectos relativos al procedimiento en el cual se dictó y no generales, ya que de la lectura de tal fallo quedaría claro que las condiciones impuestas dirían relación con el Concurso 3G y, por tanto, habrían sido cumplidas en el concurso respectivo, el cual ya concluyó. Entel agrega que no podría extenderse el contenido de ese fallo a asuntos que no fueron tratados ni resueltos en ese procedimiento. Añade que las circunstancias del mercado actual serían más competitivas que cuando se dictó la Sentencia de la Corte Suprema, porque existirían cinco empresas que operan redes y OMV.

4.12. Finalmente, Entel afirma que no sería efectivo que las Bases sean contrarias a la libre competencia. En efecto, indica que: (i) la exigencia de cobertura obligatoria sería parte de las condiciones que pueden imponerse para la concesión de espectro radioeléctrico. Ello correspondería a la definición que efectúa la autoridad sectorial en el ámbito de sus atribuciones e iría en beneficio directo de los consumidores; (ii) la exigencia de presentar una oferta de facilidades para OMV habría sido incorporada a las Bases para fomentar la competencia en los servicios móviles; y, (iii) no existiría el límite de 60 MHz, lo que habría quedado de manifiesto al tramitarse el Concurso 2.600 MHz sin restricción alguna a la participación y sin reclamación alguna por parte de **Conadecus** u otros.

4.13. En atención a lo anterior, Entel solicita al Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

5. A fojas 370, mediante resolución de fecha 17 de julio de 2014, el Tribunal recibió la causa a prueba, fijando los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: "1. Estructura, y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en la demanda; 2. Participación de las demandadas en el proceso licitatorio de la banda de 700 MHz; y, 3. Efectos de las conductas denunciadas para la libre competencia".

6. Documentos acompañados por las partes:

6.1. La demandante acompañó al proceso los siguientes documentos: a fojas 1211: (i) Copia de entrevista a Andrés Gómez Lobo en el Diario El Pulso, de 6 de noviembre de 2013; (ii) Copia de columna de opinión de Eduardo Bitrán en el Diario La Segunda, de 19 de noviembre de 2013; (iii) Copia de entrevista a Eduardo Bitrán en el Diario Estrategia, de 23 de diciembre de 2013; (iv) Copia de entrevista a Eduardo Bitrán en el Diario Estrategia, de 31 de diciembre de 2014; (v) Impresión de nota de prensa "Parque de dispositivos aptos para 4G llega a 1,3 millón al primer semestre" publicada en el Diario Financiero, de 12 de septiembre de 2014; (vi) Copia de entrevista a Pedro Huichalaf en el Diario Estrategia, de 21 de noviembre de 2014; (vii) Trabajo "The misguided and misleading spectrum discussion", de Roger Entner; (viii) Copia de entrevista a Jorge Atton en el Diario La Tercera, de 22 de septiembre de 2013; (ix) Copia de entrevista a Roberto Muñoz Laporte, en el Diario Financiero Online, de 27 de septiembre de 2013; (x) Copia de carta de **Conadecus** a Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, de 23 de octubre de 2014; (xi) Extracto de libro "Historia de la libre competencia en Chile" de Patricio Bernedo; (xii) Copia de columna de opinión de Edison Ortiz en el Diario El Mostrador, de 6 de febrero de 2015; (xiii) Copia de columna de opinión de Geraldine González en el Diario El

Mostrador, de 12 de febrero de 2015; (xiv) Carta de Hernán Calderón en el Diario El Mostrador, de 17 de febrero de 2015; (xv) Presentación "Banda 700 MHz: El caso chileno", de Cristián Sepúlveda Tormo; y (xvi) Impresión de nota de prensa "Subtel investiga el real uso de espectro que están haciendo las telefónicas móviles" publicado en el Diario La Tercera, de 14 de octubre de 2013.

6.2. Telefónica acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 117: (i) Copia de Resolución Exenta N° 265 de 2013, de la Subtel, que Fija Norma Técnica para el Uso de la Banda de Frecuencias de 700 MHz; (j) Copia de Informe de 20 de febrero de 2014, en virtud del cual el Jefe de Unidad de Investigaciones sugiere al Fiscal Nacional Económico el cierre de la investigación Rol FNE N° 2217-2013, sobre la banda de 700 MHz; (iii) Copia de Resolución de 26 de febrero de 2014, en virtud de la cual el Fiscal Nacional Económico archivó la investigación Rol FNE N° 2217-2013; (iv) Copia de Bases del Concurso 2.600 MHz; y (v) Copia de Resolución Exenta N° 3.976 de 2013, de la Subtel, que aprobó las bases del Concurso 700 MHz, y copia de estas últimas. A fojas 1271: (i) Copia del recibo de venta de bases para Concurso 700 MHz a nombre de Telefónica, de 16 de noviembre de 2013 y del respectivo comprobante de depósito; (ii) Copia de las consultas a las bases del Concurso 700 MHz; (iii) Copia de Resolución Exenta N° 4.620 de 2013, de la Subtel, que aprobó enmiendas y respuestas de consultas a las bases del Concurso 700 MHz; (iv) Copia de tres boletas de garantía tomadas por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 700 MHz; (v) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la oferta para el Concurso 700 MHz; (vi) Copia del Acta de Licitaciones para las asignaciones de concesiones en las bandas 700 MHz de la Subtel; (vii) Copia de Resolución Exenta N° 758 de 2014, del MTT, que asigna a Telefónica bandas de frecuencia 700 MHz; (viii) Copia de carta de fecha 2 de abril de 2014, dirigida por el Presidente del Directorio de **Conadecus** al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en la que constaría su oposición al otorgamiento de las concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz; (ix) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 2 de abril de 2014 por Telecomunicaciones Digitales Integradas S. A.; (x) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 22 de abril de 2014 por Telestar Móvil S. A.; (xi) Copia del escrito de oposición al otorgamiento de concesiones en Concurso 700 MHz, presentado el 17 de abril de 2014 por Netline Mobile S. A.; (xii) Copia del escrito por el que Telefónica contestó el traslado de la oposición de Telestar Móvil S. A.; (xiii) Copia de Resolución Exenta N° 22.500 de 2014, del MTT, que acumula y rechaza las reclamaciones de oposición deducidas por Netline Mobile S. A., Telestar Móvil S. A. y **Conadecus** a las asignaciones de concesiones en el Concurso 700 MHz; (xiv) Copia de Resolución Exenta N° 2501 de 2014, del MTT, que rechaza la reclamación de oposición deducida por Telecomunicaciones Digitales Integradas S. A. a las asignaciones de concesiones en el Concurso 700 MHz; (xv) Copia del recurso extraordinario de revisión interpuesto el 7 de agosto de 2014 por **Conadecus** en contra de las resoluciones que aprobaron las bases del concurso 700 MHz; (xvi) Copia de la Resolución Exenta N° 3.361 de 2014, del MTT, que rechazó el recurso extraordinario de revisión deducido por **Conadecus**; (xvii) Oficio ordinario N° 1.283 de 2014, de Subtel, que informa a la FNE respecto de la aplicación de la medida establecida por la Excma. Corte Suprema en el procedimiento de consulta sobre participación de actuales concesionarios de telefonía móvil en concurso de telefonía móvil avanzada; (xviii) Copia del recibo de venta de bases para Concurso 2.600 MHz a nombre de Telefónica, de 15 de diciembre de 2011 y del respectivo comprobante de depósito; (xix) Copia de las consultas a las bases del Concurso 2.600 MHz; (xx) Copia de Resolución Exenta N° 517 de 2012, de Subtel, que aprobó respuestas de consultas a las bases del Concurso 2.600 MHz; (xxi) Copia de tres boletas de garantía tomadas por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 2.600 MHz; (xxii) Copia de boleta de garantía con pagaré tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la oferta para el Concurso 2.600 MHz; (xxiii) Copia del Acta de Licitaciones para las asignaciones de concesiones en las bandas de 2.600 MHz de la Subtel; (xxiv) Copia de Resolución Exenta N° 3929 de 2012, del MTT, que asigna a Telefónica una concesión en la banda de 2.600 MHz; (xxv) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar las localidades obligatorias del Concurso 2.600 MHz; (xxvi) Copia de boleta de garantía tomada por Telefónica a favor de Subtel, para garantizar el fiel, íntegro y oportuno cumplimiento de la ejecución del proyecto para el Concurso 2.600 MHz; (xxvii) Copia de carta N° 83, de Telefónica a Subtel, de 3 de octubre de 2012, y copia del comprobante de pago del monto ofertado por el Bloque C en el Concurso

2.600 MHz; (xxviii) Copia del Decreto N° 176 de 2012, de Subtel, que otorga concesión en la banda de 2.600 MHz, correspondiente al bloque C; (xxix) 33 facturas, en carácter confidencial, que acreditarían inversiones en publicidad en medios escritos efectuadas con el objeto de comercializar y dar a conocer el servicio de telefonía móvil 4G; y (xxx) 29 facturas, en carácter confidencial, que acreditarían inversiones en publicidad en medios televisivos efectuadas con el objeto de comercializar y dar a conocer el servicio de telefonía móvil 4G.

6.3. Claro acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 503: (i) Carta de **Conadecus** sobre oposición al otorgamiento de concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz, ante Subtel, de 2 de abril de 2014; (ii) Resolución Exenta N° 2.500 de 2014, de Subtel, en la que se acumulan y rechazan las oposiciones deducidas por Netline Mobile S. A., Telestar Móvil S. A. y **Conadecus** en contra de las resoluciones exentas N° 758, 759 y 760 de 2014; (iii) Acta de recepción y apertura de los sobres que contenían la oferta técnica de Claro, de 13 de enero de 2014; (iv) Oferta económica de Claro, de 30 de diciembre de 2013; (v) Resolución Exenta N° 760 de 2014, de Subtel; (vi) Copia de seis boletas de garantía tomadas por Claro Servicios Empresariales S. A. a favor de Subtel, para garantizar la seriedad de la solicitud para el Concurso 700 MHz; (vii) Informe Series Estadísticas Primer Trimestre 2013, elaborado por Subtel; (viii) Documento "Sector Telecomunicaciones", elaborado por Subtel; (ix) Láminas publicitarias relativas al servicio de internet móvil 4G de Claro; (x) Copia de informe que da cuenta sobre cuantía y distribución de la inversión publicitaria de Claro; y (xi) Consulta presentada por la FNE para regular el mercado secundario de espectro, tramitada bajo el Rol ERN N° 21-14.

6.4. Entel acompañó al proceso los siguientes documentos: A fojas 261: (i) Copia del documento "Enmiendas y Respuestas a consultas a las Bases del Concurso Público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713- 748 MHz y 768 -803 MHz"] (j) Copia del Informe de 20 de febrero de 2014, en virtud del cual el Jefe de Unidad de Investigaciones sugiere al Fiscal Nacional Económico el cierre de la investigación Rol FNE N° 2217-2013, sobre la banda de 700 MHz; (iii) Copia de la Resolución de 26 de febrero de 2014, en virtud de la cual el Fiscal Nacional Económico archivó la investigación Rol FNE N° 2217- 2013; (iv) Copia de la Resolución Exenta N° 3.976 de 2013, de Subtel, que aprobó las bases del Concurso 700 MHz, y copia de estas últimas; y (v) Copia de la Resolución Exenta N° 759 de Subtel, de 2014.

7. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

7.1. **Conadecus** presentó, a fojas 27, el informe técnico-económico "Concurso público de 700 MHz. Condiciones anticompetitivas de las Bases de Licitación y posibles soluciones", de los señores Oscar Cabello e Israel Mandler.

7.2. Claro presentó, a fojas 503, el informe denominado "Informe de Estudio: Regulación de uso de espectro en mercados de servicios inalámbricos en Chile", de los señores Rodrigo Harrison y Roberto Muñoz.

7.3. Entel presentó, a fojas 1.341, el informe en derecho "Legitimación y litisconsorcio necesario en el Derecho de la competencia chileno", del señor Raúl Núñez.

8. Prueba testimonial rendida por las partes:

8.1. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de **Conadecus**: (i) a fojas 560 y 572, el señor Jaime Avilés Soto (la transcripción de su declaración rola a fojas 646); y (j) a fojas 562, el señor Roberto Von Bennewitz (la transcripción de su declaración rola a fojas 578).

8.2. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Telefónica: (i) a fojas 633, la señora María Constanza Hill Corvalán (la transcripción de su declaración rola a fojas 902); (ii) a fojas 684, el señor Raúl Lazcano Moyano (la transcripción de su declaración rola a fojas 942); y (iii) a fojas 1.086, el señor Javier Barría Vera (la transcripción de su declaración rola a fojas 1.107).

8.3. Los siguientes testigos declararon en el proceso a solicitud de Claro: (i) a fojas 704, el señor Patricio Varas Palma (la transcripción de su declaración rola a fojas 715); y (ii) a fojas 1.034, el señor Jorge Atton Palma (la transcripción de su declaración rola a fojas 1.053 bis).

8.4. El siguiente testigo declaró en el proceso a solicitud de **Conadecus** y Entel: a fojas 711, el señor Cristián Sepúlveda Tormo (la transcripción de su declaración rola a fojas 784).

9. Prueba confesional rendida por las partes:

9.1. A fojas 762 absolvió posiciones el señor Roberto Muñoz Laporte en representación de Telefónica.

9.2. A fojas 777 absolvió posiciones el señor Mauricio Escobedo Vásquez en representación de Claro.

9.3. A fojas 783 absolvió posiciones el señor Hernán Calderón Ruiz en representación de **Conadecus**.

9.4. A fojas 1.104 absolvió posiciones el señor Cristián Maturana Miquel en representación de Entel.

10. Exhibiciones de documentos:

10.1. A fojas 898 **Conadecus** exhibió los siguientes documentos: (i) Carta de fecha 2 de abril de 2014, dirigida por el Presidente del Directorio de **Conadecus** al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en la que constaría su oposición al otorgamiento de las concesiones de servicio público de transmisión de datos en la banda de 700 MHz; (ii) Resolución Exenta N° 2500 de 2014, de Subtel, en la que se acumulan y rechazan las oposiciones deducidas por Netline Mobile S.A., Telear Móvil S.A. y **Conadecus** en contra de las resoluciones exentas N° 758, 759 y 760 de 2014; (iii) Copia del recurso extraordinario de revisión interpuesto el 7 de agosto de 2014 por **Conadecus** en contra de las resoluciones que aprobaron las bases del concurso 700 MHz; (iv) Copia de Resolución Exenta N° 3361 de 2014, de Subtel, que rechazó el recurso extraordinario de revisión deducido por **Conadecus**; y (v) Copia de los estatutos de **Conadecus**.

11. Oficios de autoridades públicas:

11.1. A fojas 635 rola el oficio ordinario N° 9.285 de Subtel, de 2 de octubre de 2014. A fojas 1.361 la Subtel aporta nuevos antecedentes, mediante oficio ordinario N° 5.215, de 15 de abril de 2015.

12. Percepciones documentales:

12.1. A fojas 535 se realizó la audiencia de percepción documental de archivos presentados por Claro respecto de comerciales acerca de la tecnología 4G.

12.2. A fojas 1.345 se realizó la audiencia de percepción documental de archivos presentados por Telefónica respecto de campañas de publicidad de la tecnología 4G.

13. Observaciones a la prueba:

13.1. A fojas 1.211, 1.368, 1.393 y 1.406 rolan las observaciones a la prueba presentadas por **Conadecus**, Claro, Telefónica y Entel, respectivamente.

14. A fojas 1.263, con fecha 3 de marzo de 2015, se declaró vencido el término probatorio y se ordenó traer los autos en relación.

15. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 19 de mayo de 2015, según consta en certificado que rola a fojas 1.537.

16. El 24 de julio de 2015 el Tribunal dictó la Sentencia N° 146/2015, la cual acogió la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las demandadas. Atendido lo anterior y considerando que la falta de legitimación activa configura una excepción perentoria de consideración previa respecto de todo otro análisis relativo a aspectos sustanciales de la controversia, el Tribunal rechazó la demanda.

16.1. El Tribunal resolvió que **Conadecus** no tenía la calidad de sujeto pasivo inmediato de la conducta que imputó. En efecto, señaló que dicha asociación de consumidores no participa en el mercado supuestamente afectado por la conducta imputada. En consecuencia, no habiendo explicado la actora cómo el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores podría verse afectado inmediata y directamente por dicha conducta, concluyó que ella no tenía legitimación activa para presentar una demanda por actos exclusorios, como la de autos, por un eventual acaparamiento.

16.2. A fojas 1.572, el seis de agosto de 2015, **Conadecus** interpuso un recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 146/2015, argumentando que: (i) los principales afectados por conductas anticompetitivas, además de los competidores actuales o potenciales, son los consumidores y usuarios, quienes constituyen los principales beneficiarios de las normas de protección de la libre competencia; y (ii) la sentencia resulta contradictoria con una resolución del Tribunal que señaló ante una consulta que ella debía ser tramitada en un proceso contencioso.

16.3. La Excma. Corte Suprema, el 20 de abril de 2016, acogió el recurso de reclamación interpuesto por **Conadecus** y ordenó que vuelvan los autos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a fin que se pronuncie sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento. Fundó lo anterior en que las asociaciones de consumidores tienen legitimación para la defensa de los intereses generales (ya sean colectivos o difusos) de los mismos. En este sentido, estas asociaciones pueden válidamente presentar ante este Tribunal una demanda por estimar que la participación de determinadas empresas de telefonía móvil en un concurso de asignación de espectro radioeléctrico reviste un potencial efecto anticompetitivo, el que puede alcanzar a quienes, como consumidores, requieren dichos servicios. Agregó que **Conadecus** sí tiene un interés en que este Tribunal analice los riesgos que, para la competencia, ella vislumbra en la conducta materia de autos y que, por ende, está revestida de la legitimación activa para deducir la demanda de autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que en estos autos **Conadecus** demanda a las empresas de telefonía móvil Telefónica, Claro y Entel porque, en su concepto, habrían infringido el D.L. N° 211 al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la Subtel, excediendo los límites de espectro radioeléctrico del cual cada operador podría disponer lícitamente, acaparando espectro y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente. A juicio de la demandante, tanto la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 27 de enero de 2009 dictada en la causa rol 4797-08 (en adelante, la "Sentencia de la Corte Suprema"), como este Tribunal en su Resolución N° 2/2005, habrían establecido un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que cada empresa puede tener. Sostiene que, si bien dicho límite no se habría señalado en las bases del referido concurso, las demandadas, en su carácter de empresas "superdominantes", sobre las cuales pesaría un especial deber de cuidado, deberían haberse abstenido de participar en este concurso, ya que éstas deben velar porque sus conductas no atenten contra la libre competencia y no generen situaciones de desigualdad ilegítimas que contravengan el ordenamiento jurídico;

Segundo. Que, al contestar la demanda, Telefónica opone en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva, pues, dado que el reproche de la demandante se referiría a las bases del Concurso 700 MHz, cualquier alegación debe ser dirigida en contra de la Subtel. En segundo lugar, alega la falta de legitimación activa de **Conadecus**, toda vez que la titularidad de la acción de autos le correspondería a la FNE como representante del interés general de la colectividad en el orden económico, o bien, a un competidor actual o potencial de las demandadas, en tanto afectado directo por los actos imputados. En subsidio de ambas excepciones, Telefónica señala que no existía impedimento alguno para participar en el

referido concurso y que habría cumplido con todas las exigencias legales y reglamentarias del mismo. Respecto del límite de 60 MHz que alega la demandante, sostiene que fue establecido para los casos y circunstancias concretas que tuvieron que conocer este Tribunal y la Excm. Corte Suprema en los procesos que dieron lugar a la Resolución N° 2/2005 y a la Sentencia de la Corte Suprema, respectivamente, por lo que, dados los efectos relativos de las resoluciones judiciales emanadas de ellos, en ningún caso sus efectos podrían ser extrapolados a otras situaciones. También rechaza que ese límite de 60 MHz pueda tener como fundamento una obligación derivada de un "especial deber de cuidado" dada su supuesta "superdominancia", la que, en todo caso, niega tener. Por último, Telefónica señala que su participación en el concurso no ha tenido por objeto acaparar espectro, sino que respondió a una necesidad real de utilizarlo para cumplir con sus obligaciones de cobertura y con las condiciones bajo las cuales debe prestar sus servicios;

Tercero. Que, por su parte, Claro señala que no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que lo hizo su relacionada Claro Servicios Empresariales S. A., la que, en todo caso, no ha vulnerado ningún límite ni obligación legal al hacerlo. Al igual que Telefónica, sostiene que el reproche de la demanda se dirige a las Bases y, en consecuencia, **Conadecus** debió demandar a la autora de las mismas, la Subtel. Asimismo, señala que su participación en el citado concurso no se hizo con fines especulativos, pues el bloque que le fue asignado es necesario para desarrollar su actividad, al requerir hoy mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de sus clientes, quienes consumen cada vez más servicios de transmisión de datos; servicios que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. También alega la falta de legitimación activa de **Conadecus** por razones muy similares a las expresadas por Telefónica y, además, la falta de legitimación pasiva en cuanto Claro no participó en el concurso. Por último, señala que no existe una prohibición que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre el límite de 60 MHz, ya que los efectos de las resoluciones en que se impuso tal limitación deben circunscribirse a dichos casos o situaciones. A mayor abundamiento, sostiene que no se dan los requisitos del acaparamiento y que no tiene posición de dominio, con lo cual, consecuentemente, niega cualquier reproche referido a una supuesta falta a su "especial deber de cuidado";

Cuarto. Que, por último, Entel también alega la falta de legitimidad activa de **Conadecus**, por razones similares a las ya expresadas. Al igual que Claro, opone también excepción de falta de legitimación pasiva, por cuanto Entel no habría participado en el Concurso 700 MHz, sino que lo hizo su relacionada Will S.A., contra la cual debió a su juicio dirigirse la demanda. Añade que, en todo caso, debió demandarse a la Subtel, puesto que los reproches contenidos en la demanda se refieren, básicamente, a defectos en las Bases. En esta misma línea, señala que existe un litisconsorcio necesario pasivo entre las demandadas y la Subtel, por lo que la demanda debería ser rechazada al no haber sido demandada esta última. En cuanto al fondo, indica que su participación en el concurso se hizo respetando las normas legales y que las bases del mismo gozan de una presunción de legalidad, agregando que la FNE archivó una investigación referida a esta materia. Señala también que no puede haber acaparamiento porque carece de posición de dominio y su participación no tuvo el objeto ni el efecto de excluir a competidores. Al no tener posición de dominio, tampoco pesaría sobre ella el "especial deber de cuidado" que le imputa la demandante. Por último, al igual que el resto de las demandadas, sostiene que el límite impuesto por la Sentencia de la Corte Suprema sólo era aplicable al Concurso 3G y que, en todo caso, las condiciones competitivas del mercado han mejorado desde la dictación de la misma;

Quinto. Que este Tribunal acogió las excepciones de falta de legitimación activa mediante sentencia de 24 de julio de 2015. Posteriormente, la Excm. Corte Suprema, conociendo de un recurso de reclamación, resolvió, mediante sentencia dictada el 20 de abril de 2016 que, si bien la actora no es un competidor de las demandadas, sí tiene un interés en que este Tribunal analice los riesgos para la competencia que ella vislumbra en la conducta materia de autos. Por tanto, es forzoso concluir que **Conadecus** tiene legitimación activa para deducir la demanda de autos;

Sexto. Que, enseguida, en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en las conductas imputadas y si éstas configuran infracciones a la libre competencia, serán resueltas las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las tres demandadas, así como la excepción de litisconsorcio

pasivo necesario opuesta por Entel;

Séptimo. Que todas las demandas fundan la excepción de falta de legitimación pasiva en que la demanda de autos en realidad reprocha las Bases del Concurso 700 MHz y que, en consecuencia, **Conadecus** debió demandar a la Subtel. Además, Entel y Claro sostienen específicamente que tampoco están legitimadas para ser demandadas porque no fueron proponentes en el Concurso 700 MHz, sino que lo fueron empresas relacionadas a ellas, a quienes les fue además asignado el espectro: Will S.A., en el caso de Entel y Claro Servicios Empresariales S. A. en el caso de Claro;

Octavo. Que este Tribunal ha fallado que la legitimación pasiva debe entenderse como la "aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de la acción, y por consiguiente, del poder jurisdiccional, y necesariamente tiene que ver con el contenido de la relación jurídica material en que la parte incoada efectiva y realmente participó" (Sentencia N° 131/2013). Por consiguiente, para resolver las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las demandadas se debe analizar si éstas se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas por **Conadecus**;

Noveno. Que la demandante señala que las demandadas habrían acaparado anticompetitivamente espectro radioeléctrico al participar en el Concurso 700 MHz, conducta que habría sido "cometida por ellas en forma libre, voluntaria e informada", para lo cual se habrían aprovechado de algunos aspectos contenidos en las Bases. Como se ha señalado, **Conadecus** sostiene que las demandadas: (i) al participar en dicho concurso habrían infringido el límite de 60 MHz que habría impuesto de manera general la Sentencia de la Corte Suprema y este Tribunal en su Resolución N° 2/2005, y (ii) que tienen un "especial deber de cuidado" por ser superdominantes y, por tanto, debieron abstenerse de participar en el concurso en comento;

Décimo. Que, como se aprecia, la demandante acusa a las tres empresas demandas de actuar anticompetitivamente en la forma señalada. No se les imputa, por el contrario, una conducta relacionada con el diseño de las bases del Concurso 700 MHz, en cuyo caso el sujeto pasivo legitimado no podría haber sido otro que la Subtel. Si bien la demandante menciona que las demandadas se habrían aprovechado de algunas cláusulas de dichas bases y se indican eventuales defectos específicos que éstas podrían tener, tales defectos no son imputados de manera directa a las demandadas. En consecuencia, las demandadas se hallan en una relación jurídica material con las conductas imputadas por **Conadecus**, lo que permite rechazar las excepciones de falta de legitimación pasiva;

Undécimo. Que, sin perjuicio de lo expuesto en la consideración precedente, **Conadecus** solicita en su demanda, entre otras medidas, que "se ponga término a la participación de las demandadas en el proceso de licitación de los 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel, por ser contrarios a las disposiciones del DL 211". Dado que esta petición sólo puede ser cumplida por la Subtel, acogerla implicaría afectar un acto administrativo de un tercero que no ha sido demandado en juicio. Por esta razón, y de manera concordante con lo resuelto previamente por este Tribunal (Sentencia N° 75/2008), no es posible pronunciarse sobre dicha solicitud en estos autos;

Duodécimo. Que, en lo que respecta a las excepciones de falta de legitimación pasiva específicas opuestas por Entel y Claro (fundadas en que quienes habrían participado en el Concurso 700 MHz habrían sido sus relacionadas), se debe considerar que, tal como este Tribunal lo ha reiterado en su jurisprudencia, desde el punto de vista de la libre competencia lo relevante para evaluar esta excepción es determinar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Así, en el evento que las decisiones sean adoptadas en el centro o núcleo de toma de decisiones del grupo empresarial, la responsabilidad por los hechos ejecutados puede atribuirse a la matriz de dicho grupo (véase Sentencias Nos 139/2014 y 103/2010);

Decimotercero. Que Entel, en su contestación, reconoció que Will S. A. es una empresa relacionada a

ella. Por su parte, la Subtel informó mediante el oficio N° 9285 que rola a fojas 635 y siguientes, que fue Entel quien compró las Bases y presentó consultas a las mismas, pero que su relacionada Will S. A. fue la que, en definitiva, presentó las ofertas. Por otra parte, el representante de esta demandada en la absolució de posiciones cuya transcripció rola a fojas 1.129 y siguientes, reconoció que Will S. A. es una filial de dicha empresa (pregunta N° 8) y señaló que en el Concurso 700 MHz no hubo otros postulantes, fuera de las tres demandadas (pregunta N° 24), en circunstancias que Entel es la demandada y no Will S. A. En el mismo sentido, indicó que "lo que sí puedo decir como Entel, como Entel Will mejor dicho, y como perteneciente al grupo Entel, que nunca tuvimos ninguna duda respecto de la participació del concurso [...]" (pregunta N° 31). Finalmente, el testigo Sr. Cristián Sepúlveda Tormo, gerente de relaciones institucionales y estratégicas de esta demandada, según consta a fojas 796, refiriéndose a Entel (no a su relacionada), señaló que "también participó en el espectro de los 700 megahertz, porque considera, no cierto, que es muy relevante para poder dar un servicio de banda ancha móvil de mayor calidad.

Decimocuarto. Que de lo expuesto en la consideració precedente se infiere que altos ejecutivos de Entel estaban en conocimiento de las razones y las motivaciones de Will S. A. para participar en el Concurso 700 MHz, dando a entender con claridad la importancia que tenía para Entel adjudicarse una parte de dicho espectro. Por consiguiente, existen antecedentes en el proceso que permiten concluir que la participació de Will S. A. en este concurso no fue una decisió adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Entel, del que forma parte, por lo que la excepció específica de falta de legitimació pasiva respecto de esta parte será rechazada;

Decimoquinto. Que, en relació con la excepció interpuesta por Claro, en el mismo oficio señalado en la consideració decimotercera la Subtel señaló que tanto Claro Chile S. A. como Claro Servicios Empresariales S. A. compraron las Bases, sin perjuicio de que después quien presentó consultas y ofertas sólo fue esta última. Por su parte, en la absolució de posiciones del representante de Claro, cuya transcripció rola a fojas 1.008 y siguientes, éste sostuvo que "[l]a banda de setecientos, conformidad me ha informado mi fiscalía, no tenía ningún límite para poder participar, no había ninguna restricció para poder participar en esa banda y así fue como Claro lo hizo" (pregunta N° 23). Agregó que cumplió con su propuesta hecha en el Concurso referente a la presentació de una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV (pregunta N° 47). Por su parte, el testigo Sr. Patricio Varas Palma -gerente de planificació, inteligencia de mercado y política de precios de Claro- señaló que "Subtel llamó a concurso para asignació de la Banda 700, nosotros compramos las bases, estudiamos y generamos los sobres con la postulació" y que "Claro, entendido como la Compañía... Que yo sepa nunca dudó en la postulació. Sí se consultó con México si es que era... O sea, hasta donde podíamos llegaren términos del monto de subasta", según consta a fojas 730 y 737, respectivamente;

Decimosexto. Que, al igual que en el caso de Entel, se desprende de las declaraciones citadas en la consideració precedente que altos ejecutivos de Claro estaban en conocimiento de las razones y las motivaciones de Claro Servicios Empresariales S. A. para participar en el Concurso 700 MHz. Por consiguiente, existen antecedentes en el proceso que permiten concluir que la participació de Claro Servicios Empresariales S. A. en el Concurso 700 MHz no fue una decisió adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Claro del que forma parte, por lo que esta excepció específica de falta de legitimació pasiva también será rechazada;

Decimoséptimo. Que, en lo que respecta ahora a la excepció de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por Entel, fundada en que **Conadecus** debió haber demandado también a la Subtel, pues, de lo contrario, se generarían graves perjuicios a dicha Subsecretaría al contener la acció pretensiones que sólo dicho organismo podría cumplir en cuanto solicita que se deje sin efecto todo lo obrado en el Concurso 700 MHz, se debe tener presente, en primer lugar, qué se entiende por litisconsorcio necesario;

Decimoctavo. Que, al igual que la legitimació procesal, la institució del litisconsorcio necesario no está regulada expresamente en la legislació, sino que su definició o presupuestos han sido desarrollados doctrinaria y jurisprudencialmente. Entre los autores nacionales, Alejandro Romero Seguel explica que el litisconsorcio, en general, "denota la presencia de varias personas actuando en un proceso en una misma

posición de parte, las que por obligaciones, derechos o intereses comunes están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente única" ("El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia", Revista Chilena de Derecho, vol. 25 N° 2, 1998, p. 388). El litisconsorcio puede ser activo, si se refiere a la parte demandante, o pasivo, si lo es respecto de la parte demandada. A su vez, el denominado litisconsorcio necesario sería aquel en que es "obligatoria la presencia de varios sujetos para poder pronunciarse el tribunal respecto del conflicto" (Raúl Núñez y Álvaro Pérez-Ragone, Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 353). Dentro del litisconsorcio pasivo necesario es posible distinguir entre el litisconsorcio necesario propio e impropio. Mientras el primero es aquel que opera por mandato expreso de la ley, el segundo hace referencia a aquel que viene condicionado por la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio, donde la norma de fondo "exige para la producción de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, allí deben ser parte" (Ibíd., p. 357);

Decimonoveno. Que, por su parte, la jurisprudencia ha señalado que los fundamentos de la figura del litisconsorcio pasivo necesario son, entre otros, la bilateralidad de la audiencia y la legitimación procesal. Así, la lima. Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que "los efectos relativos de las sentencias judiciales impiden declarar eventualmente la nulidad de un acto, si la acción no se ha dirigido en contra de todos los que intervinieron en él" (Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de junio de 1989, RDJ t., LXXXVI, secc. 2°, p. 55.);

Vigésimo. Que, tal como se indicó en la consideración undécima anterior, **Conadecus** en su demanda solicita, entre otras medidas, que "se ponga término a la participación de las demandadas en el proceso de licitación de los 700 MHz, y a todos los actos relacionados con dicho proceso, incluyendo las ofertas de las demandadas y la adjudicación por parte de Subtel, o ser contrarios a las disposiciones del DL 211", petición que, como también se ha señalado, sólo puede ser cumplida por la Subtel, quien no ha sido demandada en este juicio;

Vigésimo primero. Que, sin embargo, esta es sólo una de las peticiones concretas de la demanda. Las otras se relacionan con los hechos por los cuales **Conadecus** ha acusado directamente a las empresas demandadas, esto es, el supuesto acaparamiento de espectro radioeléctrico con fines exclusorios, infringiendo el límite de espectro que, a su juicio, existiría y el "especial deber de cuidado", por ser superdominantes. Por consiguiente, dado que en esta causa se imputan conductas que podrían ser realizadas sólo por las demandadas, para que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo de la misma no es necesario que comparezca también la Subtel en calidad de demandada. Esto permite rechazar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario;

Vigésimo segundo. Que, con todo, el rechazo de la excepción indicada es sin perjuicio de que, como se señaló en la consideración undécima, este Tribunal no puede pronunciarse respecto de la petición concreta de **Conadecus** de poner término a la participación de las demandadas en el Concurso 700 MHz y a todos los actos relacionados con dicho proceso, por cuanto significaría afectar actos administrativos de un tercero que no ha sido demandado en autos;

Vigésimo tercero. Que, habiéndose resuelto las excepciones de falta de legitimación pasiva y de litisconsorcio pasivo necesario, corresponde ahora analizar la conducta imputada y la prueba que obra en el proceso a su respecto;

Vigésimo cuarto. Que, para que las conductas reprochadas por la actora puedan ser sancionadas en esta sede, es necesario que las mismas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos, de conformidad al artículo 3° inciso primero del D. L. N° 211. Al tratarse de una imputación de conductas unilaterales, se debe tener en consideración especialmente lo señalado en la letra b) de dicho artículo, es decir, que las demandadas individualmente hayan tenido una posición de dominio en el mercado relevante o hayan ejecutado las conductas acusadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar dicha posición. Por lo anterior, corresponde determinar, en primer término, cuál o cuáles son

los mercados relevantes atinentes al conflicto de autos, la participación de los diversos actores en ellos (incluidas las demandadas de autos) y las condiciones de entrada a dichos mercados;

Vigésimo quinto. Que, en lo que respecta al mercado relevante, si bien las partes concuerdan, en general, en que el conflicto de autos se desarrolla en el mercado de telefonía e internet móviles, no coinciden en la definición precisa del mismo. Por ejemplo, mientras **Conadecus** lo define como el de "servicios de telefonía móvif", que además tendría un mercado conexo, el de los "terminales telefónicos móviles", (fojas 31), Telefónica y Entel lo definen como el "mercado móvif" (fojas 135 y 354, respectivamente) y Claro señala que serían mercados relevantes los de "transmisión de voz móvif" y "transmisión de datos o banda ancha móvif" (fojas 301);

Vigésimo sexto. Que la conducta imputada es el acaparamiento de espectro radioeléctrico, el que, a juicio de **Conadecus**, sería un ilícito anticompetitivo porque erigiría o incrementaría las barreras al ingreso de nuevos competidores al mercado. Por ende, es el mercado en el que existirían dichas barreras (esto es, aquel en que se producirían los efectos anticompetitivos) el que debe ser analizado para efectos de determinar de manera específica el mercado relevante en este proceso;

Vigésimo séptimo. Que, por lo anterior, el mercado relevante no puede ser el de la licitación misma ni el de las comunicaciones en la banda de los 700 MHz, como tampoco el del espectro radioeléctrico, pues en ninguno de estos se producirían los efectos anticompetitivos denunciados. Por el contrario, de las imputaciones de la demanda se desprende que el mercado al que, de acuerdo a la demandante, las demandadas estarían restringiendo el acceso por medio del acaparamiento de espectro es el de los servicios analógicos y digitales de telefonía y datos móviles en Chile, lo que concuerda con lo fallado previamente por este Tribunal (Resoluciones Nos 2/2005 y 27/2008 y Sentencia N° 104/2011);

Vigésimo octavo. Que, como se ha señalado en jurisprudencia reciente (Sentencia N° 153/2016), la industria de telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante el último tiempo, especialmente con la introducción de los Operadores Móviles Virtuales ("OMV"). Lo anterior ha creado un mercado de acceso a las facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a redes -de propiedad de los Operadores Móviles con Red ("OMR")- para prestar servicios de telecomunicaciones móviles a los consumidores finales. Por lo tanto, la industria de servicios móviles ya no estaría conformada por un solo mercado de los servicios analógicos y digitales de telefonía móvil -como se señaló en la Sentencia N° 104/2010 y anteriores-, sino por un mercado mayorista o aguas arriba, en el que se transa el acceso a las redes móviles; y un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles. Además, en aquellas instancias en que la Subtel licita parte del espectro radioeléctrico, este organismo hace las veces de oferente de dicho insumo y, tanto los OMR establecidos como potenciales nuevos entrantes, tienen el rol de demandantes;

Vigésimo noveno. Que en el mercado mayorista participan como oferentes aquellas empresas que cuentan con la infraestructura, inversiones en activos fijos y concesiones de bandas específicas del espectro radioeléctrico para establecer una red de telecomunicaciones móviles. Estas empresas pueden vender al por mayor los servicios que prestan o bien ofrecer sus instalaciones para que puedan ser utilizadas por terceros que no cuentan con dicha infraestructura o que, pese a contar con la misma, deseen expandir sus redes a zonas geográficas no cubiertas por sus propias redes o aprovechar la complementariedad de otras bandas del espectro. En este sentido, los oferentes en el mercado mayorista son los OMR, mientras que los demandantes son los OMV y otros OMR que requieren el servicio de roaming;

Trigésimo. Que aguas abajo, en el mercado minorista, se comercializan servicios de telecomunicaciones móviles a clientes finales y a otros minoristas, quienes posteriormente pueden revender dichos servicios a clientes finales. Son oferentes en este mercado todas aquellas empresas que ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles a los clientes señalados, pudiendo diferenciarse entre: (i) los OMR o empresas concesionarias de bandas específicas del espectro radioeléctrico que cuentan con

infraestructura e inversiones para establecer una red de telecomunicaciones móviles; y (ii) los OMV que, si bien no cuentan con toda la infraestructura y bandas del espectro que tienen los OMR, las contratan con éstos para realizar sus ofertas;

Trigésimo primero. Que las demandadas de autos participan en todos los mercados descritos. En los mercados mayorista y minorista lo hacen como oferentes de los servicios antes indicados y, en aquellas instancias en que se realizan licitaciones de espectro participan como demandantes de dicho insumo. Así, los actos de acaparamiento demandados podrían afectar la entrada o crecimiento de competidores en los mercados mayorista (directamente, cerrando el mercado a nuevos competidores) y minorista (indirectamente, al inhibir eventualmente la entrada de nuevas empresas como OMR o como OMV) de servicios de telecomunicaciones móviles. En consecuencia, por producirse en estos dos mercados los efectos de los ilícitos denunciados, ambos serán considerados como relevantes para efectos de la presente causa y analizados en las consideraciones siguientes;

Trigésimo segundo. Que corresponde, primero, analizar la participación que las demandadas tendrían en ambos mercados relevantes, pues ella es indicativa de la importancia que tiene cada empresa que compite en estos últimos. Tal como se señaló en la Sentencias Nos 151/2016 y 153/2016, en el derecho comparado el tratamiento de altas cuotas de participación de mercado difiere. Mientras en el derecho norteamericano las cuotas inferiores al 70% no dan comúnmente lugar a la denominada "monopolización", en el derecho europeo las cuotas entre 50% y 70% dan lugar, en general, a una presunción simplemente legal de dominancia, debiendo considerarse para determinarla, además, otros aspectos estructurales del mercado y la evidencia económica distinta de las participaciones de mercado;

Trigésimo tercero. Que, 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. Como describe **Conadecus** en su demanda, a Telefónica, Entel, Claro, Nextel y VTR les fueron asignadas las bandas de espectro que se detallan en el cuadro N° 1 siguiente, cuestión que no ha sido controvertida en autos;

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 TDLC a partir de la información acompañada por Conadecus en su demanda, a fojas 32 y 33.

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

Trigésimo cuarto. Que del cuadro N° 1 se observa que si bien cada una de las demandadas tienen una proporción importante del espectro licitado, ninguna supera el 30%, ya sea utilizando la suma lineal de las diversas bandas del espectro o bien la suma ponderada por su valor para las empresas (siguiendo el análisis efectuado en el informe acompañado a fojas 503, con un ponderador de 0,4, que representa la opción más conservadora). Además, existen otras empresas que actúan como OMR en el mercado, de modo que las mencionadas no son las únicas que pueden realizar ofertas de facilidades en el mercado mayorista;

Trigésimo quinto. Que, si ya en términos generales las participaciones de mercado no reflejan por sí solas el poder de mercado de las firmas que participan en un mercado, con menor razón lo harían sólo en el mercado mayorista identificado previamente en la consideración vigésima novena, pues es un mercado poco profundo en el que existen pocos contratos (cinco a la fecha de la demanda), cada uno de los cuales importa la incorporación de una cantidad relevante de clientes. En este contexto, si bien no existe información detallada respecto de las participaciones de mercado de las demandadas en el mercado mayorista, se puede estimar, a partir de la información pública entregada por la Subtel en su sitio web, que cerca de un 78% de los abonados a OMV se encuentran asociados indirectamente a Telefónica, mientras que el 22% restante había contratado, a la fecha de la demanda, con un OMV que utilizaba las instalaciones de Entel;

Trigésimo sexto. Que, por otra parte, las tres demandadas tienen participaciones de mercado elevadas en el mercado minorista. Sin embargo, este porcentaje tampoco es suficiente por sí mismo para definir las como dominantes, ya que ninguna de ellas supera el 40% de participación en este mercado, según se observa en el cuadro N° 2;

Cuadro N° 2: Participaciones en el mercado minorista en términos de abonados (marzo de 2014).

	Abonados	Participación
Telefónica	9.099.706	38,32%
Entel PCS	8.671.670	36,52%
Claro	5.349.508	22,53%
Nextel	294.403	1,24%
Virgin	174.225	0,73%
VTR	75.804	0,32%
Falabella Móvil	71.459	0,30%
Telsur	6.431	0,03%
Netline	1.949	0,01%
Interexport	1.356	0,01%
Nomade	119	0,00%
Total	23.746.630	100%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información estadística publicada en www.subtel.cl.

Trigésimo séptimo. Que, enseguida, 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 (véanse sentencias Nos 153/2016 y 104/2010). Sin embargo, para obtener dicho acceso en el mercado minorista no es necesario adjudicarse una o más bandas del mismo, pues, como se ha señalado, los OMV pueden contratar con un OMR tal acceso -además de toda la infraestructura que sea parte inalienable de la red de dicho operador y, por tanto, necesaria para operarlo-. Al respecto, el testigo Sr. Javier Barría Vera, abogado que trabajó en la Subtel y, al momento de su declaración, en Telefónica, señaló que "antiguamente para operaren el mercado de las comunicaciones móviles tenía que tener espectro radioeléctrico asignado. Hoy día eso ha cambiado" (fojas 1.110). Del mismo modo, el testigo Sr. Raúl Lazcano Moyano, ingeniero civil que trabajaba en la división de concesiones de la Subtel al momento de prestar su declaración, declaró que adjudicarse una concesión de espectro "no es necesario en estricto rigor, porque como ya dije, existe la posibilidad de otorgar concesiones [de telefonía móvil] a operadores sin red" (fojas 952);

Trigésimo octavo. Que, además, en los últimos años se han producido diversos avances regulatorios que han minimizado las barreras que existían para el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mercado minorista. Así, por ejemplo, la portabilidad numérica, consagrada en la Ley N° 20.471, ha disminuido los costos de cambio para los usuarios, permitiendo la movilidad de clientes entre empresas, lo que resulta esencial para la competencia en un mercado maduro, que muestra altos índices de penetración

y con bajo crecimiento en términos de nuevos usuarios. Del mismo modo, con la dictación de las Instrucciones de Carácter General N° 2 se prohibió diferenciar tarifas según la red de destino y, con ello, disminuyó la ventaja con que contaban los incumbentes con red sobre entrantes potenciales o incipientes competidores, determinada por las grandes redes de usuarios. En dichas instrucciones también se reguló la práctica de empaquetamiento de servicios de telecomunicaciones, con el fin de prevenir prácticas anticompetitivas basadas en la posición que se mantiene en otros mercados. También se ha masificado el uso de las tecnologías de tercera y cuarta generación de comunicaciones móviles, lo que ha inducido el mayor uso de estas redes y ha permitido el ingreso de nuevos usuarios y la aparición de nuevas formas de utilizar la infraestructura. Todo lo anterior ha significado una mayor apertura del mercado minorista a nuevos competidores, disminuyendo la importancia de adjudicarse una banda del espectro radioeléctrico para poder participar del mercado aguas abajo;

Trigésimo noveno. Que, en este sentido, declaró, por ejemplo, el testigo Sr. Jorge Atton Palma, ex Subsecretario de Telecomunicaciones, señalando que "las telecomunicaciones han cambiado radicalmente en los últimos 4 o 5 años" y que "las barreras de entrada para entrar a las telecomunicaciones está [sic] cambiando fundamentalmente", agregando que la política pública en su gestión como Subsecretario de Telecomunicaciones fue "bajar las barreras de entrada del punto de vista de competencia para que entraran nuevos operadores, en una lógica de competencia por redes" (fojas 1.057);

Cuadragésimo. Que, entonces, las actuales condiciones de entrada al mercado minorista han permitido, aunque aún de manera muy incipiente, el ingreso de nuevos competidores con diversas estrategias y modelos de negocios que anteriormente no eran factibles. En efecto, donde antes era necesario realizar ingentes inversiones y contar con espectro para poder desplegar una red completa de telecomunicaciones, ahora existe la posibilidad de contratar el uso de dicha infraestructura con algún OMR, lo que ha disminuido las barreras a la entrada a este mercado y ha permitido el ingreso de OMV, como se desprende del Cuadro N° 2 anterior;

Cuadragésimo primero. Que **Conadecus** ha señalado en su demanda que aún existiría una importante barrera para entrar al mercado minorista, consistente en que las demandadas no han presentado ofertas de facilidades y reventa de planes para los OMV en los términos ordenados por la Excma. Corte Suprema en su sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la causa rol 7781-2010. Esta situación, sin embargo, constituye una imputación de una conducta anticompetitiva que no ha sido demandada en estos autos y tampoco probada, por lo que no es posible determinar si las demandadas han erigido o no una barrera artificial de este tipo por medio de la negativa de contratación;

Cuadragésimo segundo. Que, de este modo, en base a la prueba aportada en el presente caso, no es posible afirmar que el ingreso al mercado minorista presenta barreras estructurales relevantes para el ingreso de competidores, especialmente considerando que, en la actualidad, es posible hacerlo a través de la contratación de facilidades, tal como se describió en las consideraciones vigésima octava y trigésima séptima. Sin embargo, el bajo crecimiento de los OMV observado en el Cuadro N° 2 puede ser un indicio de que aún existen limitaciones a la entrada en el mercado minorista, lo que podría deberse, entre otras razones, a que la entrada de nuevos actores o la expansión de los existentes toma tiempo, o bien a que éstas no se producirían a la misma escala de un OMR, dado que los OMV apuntarían a ciertos nichos de mercado;

Cuadragésimo tercero. Que, por otra parte, el mercado mayorista se caracteriza por presentar mayores dificultades para el ingreso de nuevos competidores que el minorista, pues para participar en éste no sólo es necesario adjudicarse una concesión de espectro, sino que también deben realizarse las inversiones en infraestructura estipuladas en las respectivas bases de licitación que, a su vez, son necesarias para desplegar una red que utilice el espectro asignado;

Cuadragésimo cuarto. Que, además, se debe tener presente que, en el mercado mayorista en que se transa el acceso a las redes móviles, actualmente es importante contar con bandas como la que se concesionó en el Concurso 700 MHz, pues la transmisión de datos móviles es el principal servicio utilizado

por los consumidores finales. En efecto, el concurso y la licitación posterior concesionó diversas bandas en los 700 MHz que son insumos particularmente valiosos para las OMR, por cuanto, en conjunto con la banda de 2600 MHz, "[...] han sido identificadas como las más adecuadas para implementar LTE [Long Term Evolution], que es una tecnología diseñada específicamente para transmisión de datos móviles" (informe técnico económico acompañado a fojas 503 y siguientes, página 9). En todo caso, como todas las bandas, la asignación de éstas se realiza mediante concursos o licitaciones públicas convocadas por la Subtel, abiertas a cualquier proponente que cumpla con ciertos requisitos mínimos, reemplazando, de este modo, la competencia "en la cancha" por competencia "por la cancha";

Cuadragésimo quinto. Que, en suma, si bien existen algunas dificultades de entrada tanto económicas como regulatorias que las demandadas y otras dos empresas han debido sortear para participar en el mercado mayorista, la realización del Concurso 700 MHz y de eventuales nuevos concursos en otras bandas del espectro pueden permitir el acceso a dicho mercado a potenciales actores interesados que tengan la capacidad de efectuar las inversiones necesarias para desplegar una red de telecomunicaciones. Por otra parte, en el mercado minorista se han disminuido las barreras para el ingreso de nuevos competidores, existiendo la posibilidad de contratar la infraestructura necesaria a los OMR y establecerse como OMV (sin perjuicio de que, hasta ahora, la entrada de OMV no ha generado una presión competitiva relevante sobre las empresas demandadas);

Cuadragésimo sexto. Que, por lo expuesto precedentemente y sobre la base de la prueba aportada en el presente proceso, no es posible afirmar que las demandadas, individualmente consideradas, detentan una posición de dominio en el mercado aguas arriba, la que pueda traducirse en una posición dominante en el mercado aguas abajo. Sin embargo, atendido que el mercado mayorista tiene características oligopólicas y que, tal como ha señalado este Tribunal en sentencias previas, las consecuencias para la libre competencia derivadas del uso eficiente del espectro deben ser consideradas en esta sede (véase, por ejemplo, Resoluciones Nos 2/2005 y 27/2008), en lo sucesivo se analizarán específicamente las conductas demandadas para determinar sus efectos y si ellos han sido probados por la demandante;

Cuadragésimo séptimo. Que, a mayor abundamiento, el análisis de dominancia en este contexto de mercado oligopólico debiera considerar, idealmente, algunas cuestiones referidas a las características generales del bien que cada compañía comercializa -más allá de sus costos- y las inversiones en que éstas incurren para diversificar sus productos con el fin de restarles "homogeneidad" y lograr que sean valorados de manera diferenciada por los consumidores finales. Son estas características las que eventualmente podrían permitir que cada firma adquiriera un poder de mercado sustancial, independiente de si cada una de ellas no ha alcanzado una posición dominante al analizarse este mercado como uno de servicios homogéneos. Atendido, sin embargo, que no existe información fidedigna suficiente (y mucho menos evidencia) acerca de tales características en el presente proceso, resulta aconsejable continuar con el análisis conductual;

Cuadragésimo octavo. Que, tal como se ha señalado, la actora imputa a las demandadas haber acaparado anticompetitivamente espectro radioeléctrico al participar en el Concurso 700 MHz, aprovechándose de algunas estipulaciones de las Bases (precisa, en todo caso, que ya en el Concurso 2.600 MHz aquellas no habrían respetado un supuesto límite de tenencia de 60 MHz, por lo que la conducta de acaparamiento se habría iniciado con su participación en dicho concurso). Además, como se anticipó, la demandante acusa que las demandadas infringieron su "especial deber de cuidado" como empresas "superdominantes" al participar en el concurso;

Cuadragésimo noveno. Que, en relación con el "especial deber de cuidado" que tendrían las demandadas por su carácter de "superdominantes" en el mercado de telefonía móvil, el que les habría obligado a abstenerse de participar en el Concurso 700 MHz, basta reiterar que, según se desprende de las participaciones de mercado de las empresas de telefonía móvil, de las condiciones de entrada al mercado relevante analizadas y de la existencia de diversos competidores de menor tamaño que no sólo se han mantenido en el mercado, sino que han presentado una evolución positiva en términos de participaciones, no puede concluirse que las demandadas tengan, individualmente, siquiera una posición de dominio, por

lo que con menor razón pueden ser consideradas como "superdominantes". Por tanto, mal puede recaer en ellas un "especial deber de cuidado" a que se refiere la demanda, con independencia del contenido específico que se intente atribuir a esta última expresión;

Quincuagésimo. Que, enseguida, en lo que respecta a las estipulaciones contenidas en las Bases de las cuales se habrían aprovechado las demandadas para cometer la conducta imputada, éstas se relacionan con tres grupos de conductas. En primer lugar, con ciertas exigencias a los proponentes que únicamente las demandadas podrían cumplir: cobertura obligatoria en 1.200 localidades; el transporte de datos para terceros desde capitales de regiones; y la atención gratuita de escuelas. En segundo lugar, las Bases habrían exigido u otorgado puntaje por presentar una oferta de facilidades y reventa de planes para OMV en las nuevas redes de 700 MHz, en circunstancias que es obligación de las demandadas presentar esas ofertas de facilidades y reventa de planes para todas sus redes. Finalmente, las Bases no habrían considerado el límite de 60 MHz de tenencia de espectro;

Quincuagésimo primero. Que, tal como se señaló en la consideración décima, la demandante no ha cuestionado directamente el diseño de las Bases a las demandadas, ni tampoco ha demandado a la autora de las mismas, la Subtel, por lo que no se analizará si las disposiciones de las bases descritas en la consideración anterior infringen la libre competencia. Sin embargo, como se indicó en la misma consideración, la conducta de acaparamiento imputada, de existir, podría ser ejecutada por las demandadas con independencia del contenido de las bases de un determinado concurso público;

Quincuagésimo segundo. Que un primer presupuesto de esta alegación dice relación con la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico que, de acuerdo a lo sostenido por la actora, no estaría consagrado de manera expresa en la legislación sectorial, pero habría sido decretado en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema;

Quincuagésimo tercero. Que, en relación con la Resolución N° 2/2005, **Conadecus** sostiene que este Tribunal habría creado el referido límite al disponer que el adquirente del bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz del que Telefónica debía desprenderse en la banda de 800 MHz, no podía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz. Dicha resolución señala en su parte resolutive que si el adjudicatario de los 25 MHz es una "empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz deberá transferir a un tercero no relacionado el ancho de banda que supere tal cantidad (...).

Quincuagésimo cuarto. Que, siempre de acuerdo a la demandante, este límite habría sido reiterado en la Sentencia de la Corte Suprema, al establecerlo como condición de las bases del concurso de la banda de frecuencia de 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz, también denominada 3G. En esa sentencia se señaló que "[...] 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. En su parte resolutive dispuso que "[...] En las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante - considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045- podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas 800 y 1.900 MHz". Luego, según **Conadecus**, producto de esta resolución "se obligaría a revisar el límite cada vez que la Subtel logre aumentarla disponibilidad de espectro para telefonía móvil.

Quincuagésimo quinto. Que, a mayor abundamiento, **Conadecus** cita un caso en que el límite impuesto en una resolución anterior se mantuvo en otro concurso posterior. En efecto, se refiere a la Resolución N° 584/2000 de la H. Comisión Resolutive, que estableció un límite de 100 MHz para el

concurso de la banda de 3.400 MHz, el que fue asignado el año 2000. En este caso, algunas frecuencias en esa banda quedaron disponibles después de haber sido asignadas y el año 2005 la Subtel abrió un concurso para adjudicarlas. En las bases de este concurso, la Subtel mantuvo el límite de 100 MHz. Entel Telefonía Local S. A., quien superaba ese límite, demandó a la Subtel porque consideró que ese límite constituía un acto que restringe o entorpece la libre competencia, fundamentando que las condiciones de mercado habían cambiado. Este Tribunal resolvió en la Sentencia N° 13/2005 que "[...] no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independiente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar. De esto, **Conadecus** concluye que aunque cambien las condiciones de mercado que en un momento determinado justificaron imponer límites a la tenencia de espectro, sólo el Tribunal o la Corte Suprema podrían modificarlos;

Quincuagésimo sexto. Que, por su parte, todas las demandadas argumentaron que el referido límite no era aplicable al Concurso 700 MHz y, por consiguiente, ellas no tenían ninguna obligación en este sentido (ni tampoco la Subtel). Así, Telefónica señaló que la Resolución N° 584/2000 y la Sentencia N° 13/2005 se habrían referido al servicio público telefónico local fijo-inalámbrico, que es distinto al de los Concursos 2.600 MHz y 700 MHz, de modo que el límite de 100 MHz impuesto a las empresas dominantes en el mercado de la telefonía local no sería aplicable al Concurso 700 MHz. Añade que la Resolución N° 2/2005 se refirió únicamente al servicio público telefónico móvil de voz y no al de datos, a diferencia de los Concursos 2.600 MHz y 700 MHz. Asimismo, planteó que las condiciones de mercado también eran distintas al tiempo de la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema porque, por ejemplo, no existían entonces los OMV. Por último, explicó que la Sentencia de la Corte Suprema sólo se refirió al servicio público telefónico móvil digital avanzado y no al de transmisión de datos. Por tanto, dicha resolución sólo habría regido para el Concurso 3G al que se refería;

Quincuagésimo séptimo. Que, por su parte, Claro sostuvo que no existe una prohibición que impida o condicione la adición y tenencia de espectro por sobre los 60 MHz. Los precedentes que invoca **Conadecus** provienen de procedimientos no contenciosos sobre hechos, actos o contratos concretos y específicos y, por ende, la cosa juzgada que emanaría de aquellos sería eficaz únicamente en los procesos concretos en que se produjeron o en relación al estado de cosas existente al momento de adoptar la decisión. Además, Claro señaló que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, ya que (i) a esa fecha las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil; (ii) aún no se habían desarrollado los OMV; (iii) no se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica; y (iv) el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente;

Quincuagésimo octavo. Que, por último, Entel también sostuvo que la Sentencia de la Corte Suprema tendría efectos relativos al procedimiento en el cual se dictó y no generales, ya que de la lectura de tal fallo quedaría claro que las condiciones impuestas dirían relación sólo con el Concurso 3G, el cual ya concluyó, y habrían sido cumplidas. Añadió que las circunstancias del mercado actual serían más competitivas que cuando se dictó la Sentencia de la Corte Suprema, porque existirían cinco empresas que operan redes y OMV;

Quincuagésimo noveno. Que, a efectos de resolver este aspecto de la controversia, es importante comenzar recordando que la regla general en nuestro derecho es el efecto relativo de las sentencias judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil, que señala: "[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren". En otras palabras, el contenido de una sentencia y las obligaciones que de ella emanan no pueden extenderse a partes que no participaron en dicho proceso ni a asuntos que no fueron tratados en el mismo;

Sexagésimo. Que, sin embargo, existen casos en los que una sentencia puede producir efectos respecto de cierto tipo de terceros que no fueron parte del proceso por tener respecto del objeto allí decidido una determinada posición que los vincula con la declaración contenida en una sentencia firme y ejecutoriada.

Por ejemplo, en materia de indemnizaciones de perjuicios por atentados a la libre competencia, los afectados por dichos actos pueden ejercer las acciones correspondientes hayan o no sido parte del proceso contencioso seguido en esta sede; y el juez civil debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos establecidos en la sentencia de este Tribunal. También, excepcionalmente, una sentencia puede tener efectos indirectos colaterales, secundarios o reflejos que buscan impedir que en un juicio posterior se decida una nueva acción en contradicción con la declaración del derecho que consta en un fallo que se encuentre firme y ejecutoriado, atendido que la decisión anterior actúa como un antecedente lógico a la nueva acción deducida en juicio. Por ejemplo, cuando se resuelve un contrato de compraventa, posteriormente y en virtud de tal sentencia, el dueño de la cosa podría demandar su reivindicación en contra del tercero poseedor;

Sexagésimo primero. Que, por consiguiente, para determinar si el límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico establecido en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema puede extenderse a situaciones distintas de las ventiladas en cada uno de dichos procesos, el análisis se centrará en determinar si las demandadas se encuentran en una posición que las obliga a respetar dicho límite y si éste constituye un antecedente lógico que debió ser considerado en el Concurso 700 MHz;

Sexagésimo segundo. Que la Resolución N° 2/2005 se dictó en el marco de una consulta presentada por Telefónica referida a si el acuerdo al que había llegado con BellSouth Corporation, denominado Stock Purchase Agreement, de 5 de marzo de 2004, infringía o no el D.L. N° 211. Dicha consulta no se vinculaba, por tanto, con algún concurso para asignar espectro radioeléctrico. Como resultado de ese procedimiento el Tribunal fijó como condición para la aprobación de la operación consultada que Telefónica transfiriera aquellas concesiones que, consideradas en su conjunto, le otorgaran, a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz. Asimismo, en la condición segunda de su parte resolutive, dispuso que si el adjudicatario de dichos 25 MHz llegaba a ser "titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado el ancho de banda que supere tal cantidad.

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 establecido 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 sólo 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;

Sexagésimo quinto. Que, además del análisis de las sentencias citadas, la evolución de las condiciones de mercado vigentes al momento en que ellas se dictaron también permite concluir que tales límites fueron establecidos en el contexto de ambas causas, es decir, sin efectos generales. Primero, en la actualidad el fenómeno de convergencia tecnológica ha permitido que los servicios de telecomunicaciones puedan ser

proveídos a través de plataformas diversas, y que bandas de frecuencias muy distintas (como por ejemplo la de 800 MHz y la de 2.600 MHz) soporten servicios que son sustitutos desde el punto de vista de los usuarios. En este sentido, el testigo Sr. Atton Palma declaró en estos autos que "los espectros que están asignados para telefonía móvil, todos sirven para todo" (fojas 1.057);

Sexagésimo sexto. Que, enseguida, tal como se analizó en las consideraciones trigésima séptima a cuadragésima, esta industria ha experimentado diversos cambios que han abierto el mercado minorista y permitido el ingreso progresivo (aunque incipiente) de nuevos competidores. Estos nuevos competidores y los eventuales entrantes pueden acceder al espectro concursado a través de contratos con los OMR que se adjudiquen dichos insumos sin tener que incurrir en las inversiones, el desarrollo y la mantención de redes que éstas realizan;

Sexagésimo séptimo. Que, en tercer término, el informe técnico-económico acompañado a fojas 503 concluye que "[n]o se considera necesario establecer nuevos spectrum caps agregados ni tampoco implementar políticas de set aside spectrum para nuevos competidores", proponiendo en reemplazo el uso de "band- specific spectrum caps" o límites a la monopolización de bandas específicas del espectro, que pueden resultar estratégicas para futuros desarrollos tecnológicos o complementarias al uso de otras bandas. Esta conclusión es correcta dado que, como se muestra el Cuadro N° 1, no existe en la actualidad monopolización de bandas específicas, lo que hace que tales límites máximos carezcan hoy de relevancia (sin perjuicio que podrían adquirirla en el futuro, por ejemplo, en caso de abrirse un mercado secundario de espectro);

Sexagésimo octavo. Que confirma lo hasta aquí concluido el Oficio Ordinario N° 1283 de la Subtel, de 17 de febrero de 2014, acompañado a fojas 1271, donde consta que dicho organismo también considera que el límite de 60 MHz fue aplicable sólo a los concursos en que se impusieron. En dicho oficio se sostuvo que límite de 60 MHz "se refería exclusivamente y agotó sus efectos en el proceso concursado 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". Esto fue ratificado en este proceso por los testigos señores Roberto Von Bennewitz Álvarez, jefe de la división jurídica de la Subtel, y Jorge Atton Palma, cuyas declaraciones constan en las transcripciones de fojas 578 y 1.053 bis, respectivamente;

Sexagésimo noveno. Que, adicionalmente a lo indicado, el planteamiento de **Conadecus** respecto de la Sentencia N° 13/2005 -que sería, a su entender, un caso en que el límite impuesto en una resolución anterior fue mantenido por la Subtel en un concurso posterior- no es un antecedente del cual se desprenda que el límite a la tenencia de espectro contemplado en la Resolución N° 2/2005 y en la Sentencia de la Corte Suprema tenga aplicación general respecto de todas las bandas y frecuencias del espectro radioeléctrico. En efecto, el límite de 100 MHz impuesto en la Resolución N° 584/2000 de la H. Comisión Resolutiva se mantuvo en la Sentencia N° 13/2005 porque ambas trataban sobre concursos para asignar frecuencias en una misma banda, la banda de 3.400 MHz. De igual modo (y sólo a mayor abundamiento), en el Concurso 2.600 MHz tampoco fue establecido un límite de 60 MHz ni por la Subtel ni por este Tribunal;

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

Septuagésimo primero. Que, además de lo anterior, 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;

Septuagésimo segundo. Que habiendo sido descartado que el límite de 60 MHz tenga una aplicación

general a todas las bandas del espectro radioeléctrico, sólo resta analizar los antecedentes que obran en autos relativos a la conducta de acaparamiento anticompetitivo de espectro radioeléctrico alegada por la demandante;

Septuagésimo tercero. Que, si bien la demanda no describe exhaustivamente qué mercado se cerraría con la conducta de acaparamiento, es evidente que éste no puede ser sino el mercado mayorista de servicios, pues la adjudicación de espectro no es necesaria para participar del mercado minorista, según se ha visto. Esto, por cierto, no significa que el mercado minorista no pueda verse afectado por un eventual cierre del mercado mayorista, pero tal efecto sería indirecto y sólo se puede analizar en caso de que sea comprobada la conducta anticompetitiva en el mercado mayorista;

Septuagésimo cuarto. Que en el pasado este Tribunal ha conocido casos relativos a la tenencia y acumulación de activos estratégicos como conducta que puede afectar la libre competencia al generar una potencial barrera a la entrada, ya sea con ocasión de demandas en las que se imputan prácticas anticompetitivas o al analizar las condiciones específicas de un mercado. Así ha ocurrido respecto de la tenencia y acumulación de terrenos aptos para establecer supermercados (Sentencia N° 65/2008), de frecuencias aéreas para vuelos internacionales (Sentencia N° 81/2009), de derechos de aprovechamiento de agua (Sentencia N° 86/2009) y de oficinas para la venta de pasajes en terminales de buses (Sentencia N° 134/2014). Sin embargo, salvo en el primero de los casos mencionados, dicha tenencia y acumulación no fue analizada como un elemento de la conducta anticompetitiva, sino como parte del análisis de las barreras de entrada o bien como parte de otra figura (por ejemplo, un boicot colectivo). Por esto, tales casos no son asimilables entre sí ni tampoco resultan aplicables al presente caso;

Septuagésimo quinto. Que en materia de telecomunicaciones la doctrina ha indicado que el acaparamiento de espectro hace referencia a "compañías que mantienen espectro sin utilizar y respecto del cual no tienen intención de utilizarlo activamente en el futuro", ya sea por motivos de especulación (esto es, para venderlo con una ganancia en el futuro) o por motivos exclusorios (es decir, para evitar su uso por otros) (véase International Telecommunication Union, "The regulatory environment for future mobile multimedia Services: Towards more flexible spectrum regulation and its relevance for the Germán market", ITU New Initiatives Workshop on the Regulatory Environment for Future Mobile Multimedia Services, 2006, p.27. Traducción libre del inglés). En otras palabras, el acaparamiento se refiere "al uso estratégico del espectro para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores. Esto puede incluir negar a los rivales o nuevos entrantes el acceso al espectro o elevarle los costos" (Martin Cave, "Anti-competitive behaviour in spectrum markets", paper presentado en TPRC Conference, 2009, p. 5. Traducción libre del inglés);

Septuagésimo sexto. Que como se desprende de las definiciones anteriores, el acaparamiento de espectro es una categoría de comportamiento menos específica que las tradicionalmente consideradas atentatorias a la libre competencia. Lo anterior por cuanto se trata de juzgar una conducta en un contexto donde es la regulación la fuerza principal que configura directamente la estructura del mercado (mayorista de servicios, según se ha indicado), no la demanda o la actuación estratégica de las firmas. Por esto, una pregunta relevante para efectos de resolver esta controversia es cuáles son los incentivos que existen para acaparar en un sistema que, como el chileno, otorga a la administración un alto nivel de injerencia en la asignación por la vía de determinar las condiciones a que se sujeta cada licitación de espectro;

Septuagésimo séptimo. Que, de acuerdo con lo expresado, para que la conducta de acaparamiento imputada por **Conadecus** pueda ser sancionada en esta sede, es necesario acreditar que las demandadas han podido usar y han efectivamente usado el espectro de un modo estratégico para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores. La prueba de este proceso debió ser aportada para demostrar este punto. Sin embargo, como se verá en las consideraciones siguientes, ello no se hizo;

Septuagésimo octavo. Que, en efecto, **Conadecus** ha manifestado que las redes 3G estarían prácticamente sin uso, por lo que adjudicar bandas relativas a 4G (como 2.600 MHz y 700 MHz) no tendría ninguna racionalidad económica, desprendiéndose de ello que el único afán de las demandadas

sería acaparar espectro con fines anticompetitivos. En este mismo orden de ideas, manifiesta que la banda de 2.600 MHz tendría poco uso porque las demandadas habrían decidido comercializar los servicios correspondientes a esta banda como un servicio aparte, un nuevo servicio de lujo, en lugar de promover el uso de la red 4G para descongestionar las redes 3G y 2G. Esto, a su juicio, sería ineficiente y absurdo. En apoyo de su postura acompañó a fojas 1.211 una nota de prensa en la que se informaba que a junio de 2014 en Chile ya existían 1,3 millones de teléfonos móviles aptos para conectarse a las redes 4G, pero que a la misma fecha sólo había 182.871 teléfonos efectivamente conectados a esa red;

Septuagésimo noveno. Que, asimismo, la actora sostiene que era innecesario abrir el Concurso 700 MHz. En este sentido, señaló que la banda de 700 MHz no es determinante para el desarrollo de las telecomunicaciones y que no existía apuro en llamar a este concurso, ya que recién se estaban implementando las redes del Concurso 2.600 MHz. Para acreditar lo anterior, acompañó a fojas 1.211 una entrevista del Sr. Andrés Gómez-Lobo -quien a esa fecha no era Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, como en la actualidad- en la cual señaló "Qué sentido tiene licitar ahora y no esperar a hacer un proceso con consulta al tribunal y que pueda dar garantías para los operadores entrantes. Por lo mismo no creemos oportuno ni necesario acelerar la licitación de 700 MHz [...]". En un sentido similar, el Sr. Eduardo Bitrán Colodro -cuando aún no era nombrado Vicepresidente de Corfo, cargo que detenta en la actualidad- manifestó en una columna de opinión acompañada a fojas 1.211 que "La licitación apresurada de la Subtel entregará el filete del espectro radioeléctrico a los tres incumbentes en un proceso que impedirá a futuro avanzaren la propia dirección que la Subtel definió como la más adecuada". Por su parte, el actual Subsecretario de Telecomunicaciones, el Sr. Pedro Huichalaf Roa afirmó, según consta en una nota de prensa también acompañada a fojas 1.211, que "la adjudicación del bloque de 700 MHz no es determinante para el desarrollo de las telecomunicaciones en Chile" [...].

Octogésimo. Que adicionalmente la demandante ha señalado que la tecnología 4G para la banda de 700 MHz no estaría madura aún. Esto ha sido ratificado por testigos en este proceso. Así, el gerente general de Telefónica, Sr. Roberto Muñoz Laporte, en una entrevista, acompañada a fojas 1.211, señaló que "[e]s un espectro importante [banda de 700 MHz], pero si me preguntas si es urgente, no lo es porque recién tendremos la tecnología disponible en 2015. No hay una propuesta de terminales que operen en 700 MHz, si se asignara ahora igual tendríamos que esperar que sea una realidad. Por su parte, el Sr. Mauricio Escobedo Vásquez, gerente general de Claro, señaló en su absolución de posiciones, cuya a transcripción rola a fojas 1.008 y siguientes que "La tecnología disponible hoy aún a nivel mundial no ha desarrollado ni masificado terminales de 4G en la banda de setecientos para voz y datos". En un sentido similar, el testigo Sr. Varas Palma, ante la pregunta de si Claro dispone de terminales para la banda de 700 MHz, señaló "Que yo sepa, no [...]";

Octogésimo primero. Que **Conadecus** sostiene que otra prueba de que la tecnología 4G de 700 MHz no estaría madura aún es que Entel solicitó realizar pruebas experimentales en Rancagua respecto de la banda de 700 MHz con posterioridad a que le fuera asignada la concesión en el Concurso 700 MHz, en circunstancia que tratándose de concursos de otras bandas, como aquella de 1.900 MHz, dichas pruebas experimentales se habrían realizado con anterioridad al concurso respectivo;

Octogésimo segundo. Que lo afirmado por la demandada y resumido en las consideraciones anteriores carece de fundamento en estos autos. Por una parte, no ha sido presentada evidencia de que la Subtel haya investigado o abierto un procedimiento sancionatorio en contra de alguna de las demandadas por subutilización del espectro asignado en el Concurso de 2.600 MHz. En este sentido, el testigo Sr. Von Bennewittz Álvarez, según consta a fojas 597, indicó que "el único procedimiento de cargo que conozco por subutilización de espectro es al cual latamente me he referido, que se dirige en contra de VTR". Por otra parte, menos aún existe evidencia que indique que el sentido y el momento elegido por Subtel para la licitación de la banda de 700 MHz no era el adecuado o se prestaba para conductas anticompetitivas de las demandadas;

Octogésimo tercero. Que en cuanto al uso del espectro, el testigo Sr. Jaime Aviles Soto, consultor en telecomunicaciones y perito judicial, afirmó -según consta a fojas 675- que "el espectro no está ocioso, lo

están usando en alguna otra parte". En igual sentido, la testigo Sra. María Constanza Hill Corvalán, quien al momento de su declaración trabajaba en la división de política regulatoria de la Subtel, ante la pregunta de si el ancho de banda del Concurso 2.600 MHz está siendo utilizado por las concesionarios manifestó -según consta a fojas 912- que "Efectivamente, como es de público conocimiento, ya que las concesionarias están ofreciendo el servicio 4G, están publicitando en todas partes". En lo que respecta a Entel, el Sr. Sepúlveda Tormo, a fojas 798, declaró que "todos los espectros [de Entel] están ocupados".

Octogésimo cuarto. Que, en este mismo contexto, la Subtel señaló, mediante Ordinario N° 5215 de 15 de abril de 2015, que rola a fojas 1.361, que "tanto en la banda 900 MHz -bloques Ay B- como en la banda 2.100 MHz -bloques B y C-, las redes de las adjudicatarias Transam Comunicaciones S. A. (grupo Entel) y Nextel S. A., se encontraban plenamente operativas". De igual manera, dicho oficio dio cuenta que, en lo que respecta a la cobertura indoor de la banda de 2.600 MHz, Entel habría cumplido con los estándares exigibles. Finalmente, la Subtel manifestó no tener información sobre la cantidad de terminales 4G que hay en Chile (activados y no activados) y la cantidad de los mismos que ya están activados en la banda de 2.600 MHz, pero que según información entregada por la empresa consultora IDC, en el período 2013-2014, se vendieron 2.427.195 smartphones con capacidad para tecnología Long Term Evolution (tecnología 4G). Sin embargo, esta medición contempla los equipos vendidos a nivel de fabricantes y no necesariamente al consumidor final;

Octogésimo quinto. Que, por otra parte, diversos testigos dieron a entender que sería racional para una empresa de telefonía móvil participar en el Concurso 700 MHz porque los consumidores estarían utilizando el servicio de datos con mayor intensidad que el de voz. En este contexto, el Sr. Von Bennewitz Álvarez manifestó, según consta a fojas 599, que existen "usuarios empoderados cada vez más ávidos en necesidad de transmisión de datos". En el mismo sentido, el Sr. Atton Palma señaló, según consta a fojas 1.063, que "[...] hoy día la tecnología de cuarta generación, o quinta generación que es lo que se llama el famoso Tsunami Digital, que en el fondo, viene un gran consumo de datos y de alta velocidad en que las redes actuales [...] no son capaces de sacar todo el tráfico". La Sra. Hill Corvalán, según consta a fojas 906, sostuvo que "Hoy día en realidad estamos mucho más cercanos, o sea, cada vez nos estamos acercando más a temas de datos. ¿Por qué? Porque la gente quiere estar conectada siempre, quiere recibir sus mails siempre, quiere tener acceso a aplicaciones que nos facilitan la vida, y han hecho que en el fondo la gente demande más estos servicios". Por su parte, el testigo Sr. Varas Palma afirmó -según consta a fojas 720- que "El tráfico de datos, sin embargo, se ha multiplicado varias veces desde 2009, en orden de magnitud, y si uno habla con el área técnica de la compañía, por lo menos, van a decir que hoy día el activo se usa principalmente para dar datos móviles, no tanto para dar voz". El Sr. Lazcano Moyano señaló -según consta a fojas 966- que "efectivamente todos los datos indican que todos los servicios están migrando hacia servicios de transmisión de datos". Finalmente, según consta a fojas 1.115, el testigo Sr. Barría Vera señaló que "el tráfico de voz ha bajado, y al revés, el tráfico de datos ha subido [...] hoy día los clientes satisfacen sus necesidades de telecomunicaciones básicamente con datos, me refiero a Whatsapp, correos electrónicos, más que la VOZ" [...].

Octogésimo sexto. Que, conjuntamente con su mayor uso, el servicio de transmisión de datos utiliza un ancho de banda mayor que el servicio de voz. Diversos testimonios de autos respaldan esta afirmación. Así, el Sr. Lazcano Moyano señaló -según consta a fojas 966- que "si hablamos del volumen que hoy día existe en las redes, efectivamente la transmisión de datos... los datos usan más recursos que la voz" y que, por ende, "en el futuro se va a requerir más ancho de banda para ese servicio [datos] que el ancho de banda requerido para transmisión de voz analógica". Lo anterior fue corroborado por el testigo Sr. Barría Vera, al decir que "si los clientes demandan, por ejemplo más datos que voz, se requiere más todavía, más cantidad de espectro, por qué, porque el dato ocupa mucho más espectro que la voz digamos" (fojas 1.115);

Octogésimo séptimo. Que, por otra parte, las demandadas han sostenido que su participación en el tantas veces señalado Concurso 700 MHz no tenía por objeto cerrar el mercado sino entregar profundidad y diversidad a sus propias redes, con el fin de mejorar la calidad del servicio entregado a sus clientes (tanto en el mercado mayorista como en el minorista) y disminuir los costos asociados al servicio (en el

mercado mayorista). En este sentido se refiere el informe acompañado por Claro a fojas 503, al señalar que "las distintas bandas presentan diferentes características. Las de menor frecuencia presentan ventajas en el alcance de la señal y en su capacidad de penetrar edificaciones. Por otra parte, las de mayor frecuencia presentan ventajas de capacidad, por lo que podrían ser más aptas para un uso en zonas con mayor densidad de población". Así, las diversas bandas del espectro pueden resultar complementarias en la prestación de servicios de telecomunicaciones, dependiendo del objetivo de las operadoras que se las han adjudicado;

Octogésimo octavo. Que diversos testigos que declararon en autos están contestes en que la banda de 2.600 MHz y la de 700 Mhz serían complementarias. El Sr. Aviles Soto señaló -según consta a fojas 671- que "este [sic] es una banda nueva que es para permitir que las compañías obtengan señales in-doorya que los dos mil seiscientos solo pueden obtener señales out-door y no en todas partes" y que las prestaciones en estas bandas "son las mismas". La Sra. Hill Corvalán señala que -según consta a fojas 911- respecto de las bandas de 700 MHz y 2.600 MHz "Son redes que son complementarias que se llaman, porque ambas redes funcionan sobre, o sea, funcionan para dar tecnología 4G, que son como las tecnologías de alta capacidad de datos". El Sr. Von Bennewitz Álvarez dijo a fojas 582 que la banda de 700 MHz "es una banda complementaria de aquella comercial mente conocida como 4G ya previamente licitadas que es la banda de 2.600 que tiene más bien condiciones de propagación outdoors". El Sr. Varas Palma señaló a fojas 734 que "La Banda 700 está pensada para dar más cobertura indoor dentro de los edificios, que es un tema al momento de desplegar redes móviles, eh, eso. Está pensada para dar cobertura indoor. Y las bandas más altas están pensadas para outdoor pero en radios chicos, en zonas más densas urbanas, con alta capacidad de tráfico de datos". Por su parte, el Sr. Lazcano Moyano, señaló -según consta a fojas 965- que las bandas de 700 MHz y 2.600 MHz "se complementan en el sentido de que la banda de 2.6 puede ser utilizada más eficientemente, o mejor, con mayor calidad de servicio en lugares exteriores, y la banda de 700 puede ser utilizada en mucha mejor calidad en lugares interiores". Finalmente, el Sr. Atton Palma confirmó lo anterior señalando a fojas 1.079 que dichas bandas son complementarias;

Octogésimo noveno. Que, en línea con lo anterior, se desprende del Informe acompañado a fojas 503 que la banda de 700 MHz es complementaria con las bandas entregadas con anterioridad a las concesionarias (mostradas en el Cuadro N° 1), ya que (i) las longitudes de onda tienen características distintas que permiten el desarrollo de nuevas tecnologías y servicios; (ii) permite la cobertura en espacios que antes no podían ser alcanzados, o podían serlo con dificultad, por las bandas previamente asignadas; y (iii) entrega un mayor alcance en zonas rurales, cuyas densidades de población y extensiones territoriales dificultan y encarecen la cobertura a través de bandas del espectro con longitudes de onda más cortas;

Nonagésimo. Que, finalmente, Telefónica acompañó a fojas 1.271 facturas y documentos electrónicos consistentes en videos de publicidad para acreditar que está ofreciendo el servicio 4G y que ha realizado inversiones para promocionarla. De acuerdo con esta demandada, ello daría cuenta de un interés real de usar el espectro que le ha sido asignado, desmintiendo la afirmación que el servicio 4G no se estaría prestando y que se ofrece como un servicio aparte;

Nonagésimo primero. Que, de acuerdo con lo señalado en las consideraciones anteriores, es posible concluir que la demandante aportó prueba fundamentalmente dirigida a acreditar la inconveniencia de la oportunidad en que la Subtel llamó al Concurso 700 MHz, materia que no puede ser juzgada en este caso, pues se refiere al actuar de la autoridad pública, que no ha sido demandada en autos. En efecto, la conducta imputada en autos es el acaparamiento de espectro radioeléctrico por parte de las empresas de telefonía móvil demandadas, por lo que este antecedente no puede considerarse como un indicio de dicha conducta, pues la oportunidad del llamado al referido concurso es una decisión privativa de las autoridades respecto de la cual las demandadas no tienen injerencia alguna;

Nonagésimo segundo. Que, en consecuencia, apreciada la prueba citada precedentemente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no existe evidencia clara y concluyente en autos de que las demandadas hayan participado en el Concurso 700 MHz con el fin estratégico de acaparar espectro y poner en peligro su uso efectivo y eficiente. Tampoco existe evidencia alguna destinada a probar los efectos exclusorios o

de cierre de mercado derivados de dicha conducta. Por el contrario, la prueba aportada en autos entrega indicios de que las empresas demandadas tienen la intención y los incentivos para usar las frecuencias asignadas;

Nonagésimo tercero. Que, por todo lo anterior, la demanda de **Conadecus** interpuesta en contra de Telefónica, Claro y Entel será rechazada;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1o, inciso segundo; 2o; 3o, inciso primero; 18° N° 1); 20°; 22°, inciso final; y, 29° del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil.

SE RESUELVE:

1) RECHAZAR la demanda de fojas 27 interpuesta por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores en contra de Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; y.

2) CONDENAR en costas a la demandante.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol N° 275-2014.-

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 79° del Código Orgánico de Tribunales y 169° del Código de Procedimiento Civil, el Sr. Tomás Menchaca Olivares.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veinticinco de junio de dos mil dieciocho

Vistos:

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

Explica que la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) licitó a fines de 2013 concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 768-803 MHz, también conocida como "banda de 700 MHz", que sería una de las cinco bandas disponibles en el país para servicios de telefonía móvil. Sin embargo, no se consideró que con el objeto de velar por la libre competencia, el máximo tribunal del país, mediante sentencia de 27 de enero de 2009, dispuso un límite máximo de 60 MHz como la cantidad total de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil (CS N° 4797-2008). El mismo límite habría sido establecido previamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en la Resolución N° 2/2005 que aprobó la fusión entre Telefónica y

BellSouth Corporation, que dispuso que Telefónica debía vender a terceros no relacionados uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz y que el comprador de ese bloque no podía acumular frecuencias de espectro por más de 60 MHz.

Explica que la sentencia dictada en los autos rol N° 4797-2008, que conoció y resolvió las reclamaciones interpuestas en contra de la Resolución N° 27/2008 del TDLC, tiene su origen en la consulta que la Subtel realizó previo a la licitación de la banda de 2100 MHz (concurso 3G), solicitando pronunciamiento respecto de si correspondía establecer en sus bases algún tipo de exclusión o restricción a la participación de las empresas que a la época eran concesionarias del servicio telefónico móvil, señalando el TDLC que no resultaba procedente excluir o restringir la participación de las empresas incumbentes. No obstante, el máximo tribunal, determinó la existencia de un límite de 60 MHz a la cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador de telefonía móvil, actual o potencial, sin prohibir la participación de los operadores existentes, sino que señaló que si la cantidad de espectro acumulado por ellos excedía tal límite, éstos deberían desprenderse de la cantidad de espectro que fuese necesaria para ajustarse al mismo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.- Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al acaparar e intentar acaparar espectro radioeléctrico, con el objeto de impedir, restringir y entorpecer la competencia en el mercado de la telefonía móvil, bloqueando o retardando en los hechos el ingreso de nuevos competidores a dicho mercado;

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

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

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

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

I.- Defensas:

Al contestar Telefónica solicitó el rechazo de la acción, con costas, sosteniendo, en síntesis:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agrega que necesita el bloque que le ha sido adjudicado para desarrollar su actividad. A este respecto indica que, atendido el desarrollo tecnológico en el mercado de telefonía móvil, se requeriría mayor cantidad de espectro para satisfacer las necesidades de los consumidores, quienes consumen cada vez más

servicios de transmisión de datos, los que utilizan un ancho de banda mayor que los servicios de voz. Añade que Claro es el actor de menor tamaño en el mercado de internet, razón por la que el espectro asignado es lo que le permitirá desafiar este mercado.

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

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

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

En este contexto, señala que la realidad de los mercados en que se dictaron la Resolución N° 2/2005 y la Sentencia de la Corte Suprema sería radicalmente distinta de la actual, toda vez que a esa fecha las bandas de 2.600 MHz y 700 MHz no estaban destinadas a la prestación de servicios de transmisión de datos móvil. Tampoco se habían desarrollado los OMV. No se había dictado la Ley N° 20.471 sobre Portabilidad Numérica y el desarrollo de internet móvil se encontraba en un estado muy incipiente.

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

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

En subsidio de lo anterior, señala que existiría una desproporción entre la multa que **Conadecus** solicita que se imponga y la conducta que imputa a Claro y al resto de las demandadas. Asimismo, niega la reincidencia que alega la actora.

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

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

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

Bajo otra línea argumental sostiene que la conducta de acaparamiento correspondería a una conducta unilateral anticompetitiva de tipo exclusorio. En este sentido, considera que no se cumpliría ninguno de los requisitos necesarios para configurar ese tipo de abusos, puesto que no tendría una posición de dominio en el mercado de telefonía móvil. Además, la participación en un concurso público no puede constituir una conducta abusiva, sin que por lo demás, aquella haya tenido un efecto exclusorio puesto que no habría habido nadie a quien excluir. Agrega que la conducta imputada sería inepta para excluir, ya que no sería necesario contar con espectro radioeléctrico para prestar servicios móviles. Tampoco sería aplicable en la especie la doctrina de las facilidades esenciales, porque no hay tales instalaciones dado que existen redes de otras compañías y porque tampoco habría negativa de venta.

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

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

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

II.- Sentencia.

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

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

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

por similares razones.

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

En el mercado mayorista participan como oferentes aquellas empresas que cuentan con la infraestructura, inversiones en activos fijos y concesiones de bandas específicas del espectro radioeléctrico para establecer una red de telecomunicaciones móviles. Estas empresas pueden vender al por mayor los servicios que prestan o bien ofrecer sus instalaciones para que puedan ser utilizadas por terceros que no cuentan con dicha infraestructura.

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, el mercado mayorista se caracteriza por presentar mayores dificultades para el ingreso de nuevos competidores que el minorista, pues para participar en éste no sólo es necesario adjudicarse una concesión de espectro, sino que también deben realizarse las inversiones en infraestructura estipuladas en las respectivas bases de licitación que, a su vez, son necesarias para desplegar una red que utilice el espectro asignado.

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

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

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

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

En relación a la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico que habría sido decretada en la Resolución N° 2/2005 de este Tribunal y en la Sentencia de la Corte Suprema, se descarta sosteniendo que la regla general en nuestro derecho es el efecto relativo de las sentencias judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil.

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

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

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

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

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

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

Añade que no ha sido presentada evidencia de que la Subtel haya investigado o abierto un procedimiento sancionatorio en contra de alguna de las demandadas por subutilización del espectro asignado en el concurso de 2600 MHz. Además la prueba testimonial permite afirmar que el espectro está siendo utilizado, cuestión que es concordante con lo informado por la autoridad. En este mismo orden de ideas sostiene que, conjuntamente con su mayor uso, el servicio de transmisión de datos utiliza un ancho de banda mayor que el servicio de voz.

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

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

Concluye la sentencia señalando que no existe evidencia clara y concluyente en autos de que las demandadas hayan participado en el concurso 700 MHz con el fin estratégico de acaparar espectro y poner en peligro su uso efectivo y eficiente. Tampoco existe evidencia alguna destinada a probar los efectos exclusorios o de cierre de mercado derivadas de dicha conducta.

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

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

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

1) No evalúa de manera adecuada el mérito de los antecedentes, al concluir que las conductas acusadas por su representada no fueron suficientemente acreditadas, alterando el peso de la prueba. En efecto, sostiene que existen diversos pronunciamientos que establecen claros límites a la cantidad de espectro

radioeléctrico que pueden detentar las empresas de telefonía móvil y los mecanismos que permiten modificar o eliminarlos, de lo que se deriva que el peso de la prueba debió haber recaído en las demandadas, quienes debían demostrar que no se han infringido tales límites, ni los mecanismos destinados a modificarlos, que emanan de las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

2) El fallo impugnado no se condice con pronunciamientos previos en relación a la conducta de acaparamiento en materia de telecomunicaciones. Tras citar jurisprudencia señala que las demandadas de autos han atentado habitualmente contra la libre competencia, mediante la creación de diferentes barreras artificiales a la entrada en el mercado de telefonía móvil, con el objeto de impedir o dificultar el ingreso de nuevos competidores y mantener la posición de dominio colectivo que ostentan, sobre todo desde que eliminaron al cuarto competidor de peso (Bellsouth), siendo avaladas, en general, por la Subtel, que es una autoridad capturada.

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

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

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

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

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

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

propios clientes.

Ello no sólo es un grave incumplimiento de las bases del referido concurso público, sino que es también un grave y reiterado incumplimiento de lo dispuesto por la Corte Suprema en su sentencia de 23 de diciembre de 2011, en la causa rol 7781-2010, que ordenó a las mismas tres demandadas en autos presentar esas ofertas sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios, en un plazo de 90 días (que venció en abril de 2012).

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

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

Agrega que existen hallazgos recientes, informe sobre Chile de la empresa internacional Open Signal, especializada en medir la calidad y cobertura de las redes de telefonía móvil en todo el mundo, que fue dado a conocer por el diario La Tercera, que indica que la red de mejor disponibilidad en servicios es Wom y que la red que ofrece el mejor caudal binario promedio es Claro, en circunstancias ninguna de ellas dispone por el momento de la banda de 700 MHz.

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

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

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

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

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

Refiere que la política de vender el acceso a las redes 4G como un producto aparte es una clara

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

7) Respecto de la existencia del límite de 60 MHz, señala que la Resolución N° 2/2005, que obligó a Movistar a desprenderse de uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 850 MHz, que acumularía con la compra de las instalaciones de Bellsouth en Chile. El TDLC dispuso, asimismo, que el adquirente de ese bloque no podía acumular frecuencias del espectro de telefonía móvil por más de 60 MHz, a fin de evitar el acaparamiento de este recurso.

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

En este aspecto, sostiene que en el año 2000, la Comisión Resolutiva -antecesora del TDLC- había dispuesto, mediante Resolución N° 584, un límite de 100 MHz para las frecuencias totales susceptibles de ser asignadas a una misma empresa de telefonía fija, que luego fue aplicado por Subtel al llamar a concurso público para adjudicar la banda de 3.400 MHz para servicios de telefonía fija inalámbrica, a fin de proteger la libre competencia y evitar el acaparamiento del espectro radioeléctrico.

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

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

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

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

Las amplias facultades que el Decreto Ley N° 211 le otorga al TDLC permiten que adopte medidas en relación a la licitación de la banda de 700 MHz convocada por Subtel, así no sólo pudo dar lugar a la petición segunda de su demanda, sino que adoptar todas aquellas medidas que estimare pertinente a favor de la libre competencia, tal como lo ratifica el mismo artículo 3° del referido Decreto Ley.

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

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

Puntualiza que desde el año 2005 el mercado se ha concentrado en tres operadores dominantes. Tanto es así que los nuevos operadores, en su conjunto (VTR, Wom y los operadores móviles virtuales), recién están llegando a un 5,3% del mercado, permaneciendo el 94,7% restante en manos de los tres dominantes. Al no respetar el límite de 60 MHz en la licitación de la banda de 2.600 MHz efectuada en 2011, ni en la licitación de la banda de 700 MHz de 2013, se ha vulnerado gravemente el criterio de homogeneidad en la cantidad de espectro dispuesto por el Máximo Tribunal del país, con el agravante que las mismas demandadas han aprovechado las exigencias adicionales impuestas por Subtel en las bases de la licitación, que hicieron imposible la participación de otros operadores que no sean ellas mismas.

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

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

A ello se agrega el hecho de que **CONADECUS**, a diferencia de las demandadas de autos, al ser una persona jurídica sin fines de lucro, no cuenta con recursos materiales para pretender siquiera interponer demandas temerarias o infundadas, sobre todo tratándose de un proceso particularmente oneroso, como es el previsto en el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211.

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

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

encuentran en situación de vulnerabilidad.

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

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

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

Cuarto: Que respecto de la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República - que se estima violentada en la reclamación en estudio- se ha dicho que "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros

particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales" Tomo II, pág. 318).

El derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

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

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

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

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

Esta ley substancialmente dispuso: "Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

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

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

grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores."

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

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

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

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

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

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

"5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;"

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

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

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

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un

orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, la que fue introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto.

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

Octavo: Que una vez asentadas las ideas anteriores se debe tener presente lo dispuesto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

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

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

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

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

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

mencionada ley se buscó fomentar la competencia, abriendo el mercado a nuevos partícipes, comenzándose el proceso de privatización de ambas empresas.

El desarrollo de la telefonía móvil comienza a fines de los años ochenta, con la licitación de dos concesiones de la banda de 800 MHz. Luego, en 1996 se licitan tres concesiones en la banda de 1900 MHz para la telefonía móvil digital. Se continúa luego con la licitación de la banda 2100 MHz en el año 2009, banda 2600 MHz en el año 2011 y 700 MHz en el año 2013.

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

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

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

b) Resolución 2/2005, del TDLC, que se pronuncia en el marco de la consulta de la fusión de Bellsouth con Telefónica Móviles, que buscaba determinar si el acuerdo entre las dos compañías infringía o no las disposiciones del Decreto Ley N° 211, la aprobó con condiciones, toda vez que estableció que existía el riesgo de reducir el nivel de competencia. Entre las condiciones impuestas estaba que Telefónica Móviles debía vender mediante licitación pública, a terceros no relacionados, uno de los dos bloques de frecuencias de 25 MHz de la banda de 800 MHz. Asimismo se determinó que el comprador de ese bloque, en caso que fuese una empresa que a esa fecha operase en el mercado chileno de telefonía móvil, no podía acumular frecuencias del espectro por más de 60 MHz.

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

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

El TDLC se pronunció negativamente respecto de la consulta, señalando que era improcedente restringir la participación de las empresas en virtud de lo establecido en el artículo 2 de la ley N° 18.168. Tal decisión fue revisada por esta Corte, en virtud de la reclamación deducida por la Subtel, decidiendo en aquella oportunidad que se debía respetar el límite de 60 MHz de cantidad de espectro radioeléctrico que podía tener cada operador.

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

para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado;

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

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

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

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

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

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

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

Se consigna en el punto B) de lo resolutivo: "Se reemplaza la condición segunda por la siguiente: "La consultante, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley, deberá subdividir la banda de frecuencia de 1710-1755 MHz y 2110- 2155 MHz en un número de bloques que técnicamente permita, en

forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles, también denominados de 3G, con cobertura nacional. En las bases del concurso a que se llame para otorgar las concesiones correspondientes deberá establecerse que ningún postulante -considerando para tal efecto como un mismo postulante a una persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045- podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de 60 MHz, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio público telefónico móvil, esto es, las bandas de 800 y 1.900 MHz. En las mismas bases deberá consignarse que si la cantidad de espectro radioeléctrico detentado por alguno de los actuales operadores llegare por la misma vía a exceder el límite fijado de 60 MHz, éstos deberán desprenderse en alguna de las formas que permita la ley de la cantidad de espectro que sea necesaria para ajustarse al límite establecido. La cantidad de espectro de que las empresas se desprendan en razón de lo resuelto anteriormente deberá ser objeto a su vez de una licitación abierta para terceros no relacionados con ellas o de un concurso público, según corresponda, en la oportunidad y dentro del plazo que al efecto determine la respectiva autoridad administrativa en las bases del concurso público motivo de esta consulta. En el evento que los futuros adjudicatarios de las cantidades de espectro de que se desprendan las empresas que las detentaban lleguen a ser titulares de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, deberán ellos a su vez desprenderse de la cantidad que exceda dicho límite".

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

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

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

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

BANDA	AÑO DE LICITACIÓN
800 MHz	1989
1900 MHz	1996
2.100 MHz	2009
2600 MHz	2011
700 MHz,	2013

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

a) Telefónica:

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

b) Entel:

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

c) Claro:

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

d) VTR:

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

e) Nextel:

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

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

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

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

Undécimo: Que el TDLC funda la decisión impugnada señalando que el mercado de las telecomunicaciones ha experimentado cambios a partir de la introducción de las OMV, cuestión que determinó la existencia de un mercado de acceso a facilidades de telecomunicaciones, razón por la que en la actualidad no es imprescindible contar con una red para participar en él, admitiendo así que las redes tienen el carácter de facilidades esenciales. Ahora bien, es el propio tribunal el que reconoce que el ingreso de las OMV ha sido mucho más lento de lo esperado.

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

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

Las demandadas tienen presencia en ambos mercados, cuestión que es trascendente, toda vez que determina la existencia de la integración vertical entre los operadores de redes, puesto que en la realización de su actividad económica están en relación de compradores o proveedores entre sí, integrando los diferentes mercados aguas arriba y aguas abajo. Respecto de esta figura se ha señalado: "Si bien la integración vertical no es en sí misma anticompetitiva, cuando se une al poder de mercado (...) puede hacer más fácil el traslado (leveraging) del poder de mercado hacia los mercados relacionados" (Tovar Mena, Teresa V., "Las telecomunicaciones y la libre competencia: un marco analítico básico", Revista Ius et veritas, N° 28, año 2004, p. 140).

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

Expone la autora antes citada: "Para paliar los potenciales efectos adversos de la integración vertical, el marco regulatorio establece el principio de neutralidad. Por este principio, la empresa que controla los mercados verticalmente, no debe usar el poder que tiene en un mercado para actuar en el otro de manera anticompetitiva (por ejemplo, cláusulas de atadura) ni imputar los gastos de un mercado poco rentable a otro más rentable (subsidios cruzados) sino que debe actuar en cada mercado como si no tuviera actuación

en el otro u otros". (op. cit.).

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

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

Es así como, en la especie las demandadas si bien no alcanzan individualmente el 30% de participación en el mercado, lo cierto es que su participación es altísima, si se considera que los únicos dos desafiantes manejan cifras sustancialmente menores de participación, la que sólo se obtuvo gracias a la imposición del límite de posesión del espectro radioeléctrico en la licitación de la banda 2.600 (3G). En efecto, las tres demandadas manejan en forma conjunta el 83% del mercado, circunstancia que determina la existencia de un mercado oligopólico, en que la existencia del poder de mercado no sólo debe analizarse aislando las cifras de participación individual, sino que debe examinarse el poder de mercado conjunto que tienen las tres empresas a quienes se les imputa incurrir en conductas anticompetitivas, toda vez que la posición de dominio puede pertenecer no sólo a una empresa, sino que la pueden detentar dos o más empresas competidoras, las cuales, eventualmente, pueden coordinar sus políticas comerciales, sin que exista un acuerdo expreso respecto de ello.

El alto grado de concentración de la industria, unido a la existencia de barreras de entrada al mercado mayorista, hace patente la existencia de riesgos para la libre competencia. En este aspecto, se debe enfatizar que en el panorama descrito da cuenta de la importancia que aún el escenario actual reviste la posibilidad de adjudicarse bandas y operar como OMR. Desde otra perspectiva, no sólo es importante contar con bandas de espectro radioeléctrico sino que, eventualmente, puede ser beneficioso para las incumbentes impedir que ingresen nuevos operadores al mercado mayorista, toda vez que aquello les permite manejar el comportamiento del mercado minorista.

En razón de lo anterior se debe analizar en profundidad si las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva que les permitiría seguir gozando de la posición de dominio en el mercado mayorista, al cerrarlo a nuevos competidores, teniendo presente que, como se señaló, el manejo del mercado mayorista deja a los incumbentes en una situación de privilegio en el mercado minorista, toda vez que, el manejo del primero determina indudablemente el comportamiento del segundo mercado, siendo del caso señalar que el porcentaje de participación de las demandas en el último mercado, es el siguiente:

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

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

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

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

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

Ahora bien, elocuente es el tenor de la sentencia dictada por esta Corte en los autos Rol N° 4797 (Resolución 27 del TDLC), que estableció, en el marco de la consulta respecto de las bases de licitación del concurso 3G, la restricción de 60 MHz como cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los operadores puede poseer, refiriendo expresamente que esta limitación es necesaria para incentivar su uso eficiente del recurso y garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones.

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

Así, es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una

medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro, pues claramente a ello se refiere al establecer que el límite debe ser respetado por los actuales operadores como los que ingresen al mercado a futuro.

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

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

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

Si bien es cierto que la autoridad sectorial consultó a la Fiscalía Nacional Económica respecto de si las bases del concurso 700 tenían aspecto anticompetitivo, cuestión que ésta descartó, lo cierto es que aquello no es más que el reflejo del errático actuar de las autoridades encargadas de velar por el acceso igualitario al mercado de telecomunicaciones, pues la restricción de los 60 MHz, fue dispuesta para tales fines, toda vez que de no existir aquel, sólo las incumbentes se encontrarían en condiciones de seguir asignándose espectro radioeléctrico.

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

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

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

bandas necesarias para que con la nueva adjudicación no se superaran los 60 MHz.

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

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

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

Décimo noveno: Que, por otro lado, es importante destacar que si bien en la reclamación se cuestionan las bases de licitación, lo cierto es que la sentencia impugnada erradamente señala que no se pueden realizar declaraciones en torno al concurso 700, toda vez que el organismo público no fue emplazado. En efecto, tal declaración encierra una confusión, toda vez que las medidas que eventualmente se pueden adoptar en el marco de una causa en que se establece la existencia de un ilícito anticompetitivo, no sólo deben estar estrictamente relacionadas con aquellos que son parte del juicio, sino que aquellas pueden ser tan amplias como sea necesario para efectos de restablecer el imperio de la libre competencia que se ha visto o se puede ver afectado.

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

Por lo demás, se debe precisar que si bien la Subtel no fue emplazada en estos autos, esto se debe a que la demandante no le atribuyó a ella directamente la comisión de un ilícito anticompetitivo, sin embargo, lo cierto es que aquella ha sido escuchada, toda vez que en su carácter de autoridad sectorial se le han requeridos múltiples informes respecto de las materias que formaron parte de la controversia. Es más, incluso la autoridad reguladora se hizo parte, según consta a fojas 1630, de modo que, en abstracto, no se observan razones para no hacer lugar a las peticiones relacionadas directamente con el "concurso 700".

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

razón por la que en la especie se justifica no imponer multas a las demandadas.

Vigésimo primero: Que, asimismo, al establecer las medidas concretas que permitan devolver el estado de equilibrio al mercado, eliminando el daño actual o eventual, que puede producir la actuación de las demandadas, se tendrá en consideración que el examen de la conducta constatada en autos no se puede extender a la licitación de la banda 2600, por cuanto la competencia está dada en este procedimiento sólo en relación al concurso de la banda 700, cuestión que será considerada al disponer las medidas concretas, sin perjuicio de la adecuación pertinente que se expresará.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 3 y 18 del Decreto Ley 211 de 1973, se acoge la reclamación deducida por la demandante en contra de la sentencia de quince de septiembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1726 y se decide que se acoge la demanda interpuesta por **CONADECUS** y se declara:

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

II.- Que se ordena a las recurridas desprenderse de la misma cantidad de espectro radioléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada;

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

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

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

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

Es más, fluye del escrito de reclamación que lo cuestionado es la oportunidad en que la Subtel decidió licitar la banda 700, materia que no puede ser revisada por el tribunal, puesto que la oportunidad y conveniencia de licitar, son aspectos que la propia ley ha entregado a la discrecionalidad de la autoridad, razón por la que tales aspectos escapan al análisis específico que debe realizarse en sede de libre competencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

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

Rol N° 73.923-2016.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Carlos Cerda F., y Sr. Jorge Dahm O.