

Santiago, veintisiete de enero de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos antecedentes rol N° 4797-2008 se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones interpuestas contra la resolución de diecisiete de julio del año en curso, dictada a fojas 2340 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha sentencia se dictó con motivo de la consulta efectuada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones respecto de si corresponde que participen los actuales concesionarios de telefonía móvil en un concurso público de espectro radioeléctrico para telefonía móvil digital avanzada.

Intervinieron en el presente proceso las entidades que se indican en la parte expositiva de la sentencia reclamada, aportando antecedentes a la consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 número 2) del Decreto Ley N°211.

Mediante la referida sentencia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió que no es procedente excluir la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el concurso consultado, de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211 y lo previsto en la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168.

Asimismo, fijó tres condiciones que deberá adoptar la autoridad consultante con el fin de asegurar básicamente dos objetivos. El primero de ellos apunta a que los nuevos operadores que entren al mercado de las telecomunicaciones móviles puedan competir en él de manera efectiva (asegurando, de esa manera, un mayor número de interesados en el concurso). El segundo persigue que las bases del concurso no discriminen a favor de los actores que operan actualmente en el aludido mercado.

Los intervinientes que presentaron recurso de reclamación en contra del fallo fueron la Fiscalía Nacional Económica (fs.2432), Nextel Chile S.A. (fs.2450), VTR Banda Ancha Chile S.A. (fs.2466) y la consultante, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (fs.2542).

El procedimiento se inició, como se dijo, por la presentación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, quien solicita un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acerca de si en el concurso público que tiene proyectado realizar podrán o no participar los actuales concesionarios del servicio público telefónico móvil y, en el primer caso, si al efecto deben cumplir algún requisito o someterse a alguna restricción a la luz de las normas y principios de protección a la libre competencia.

El concurso versa sobre la asignación de 90 MHz en las bandas 1.700 y 2.100 (1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz) para la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzada, conocido como servicio móvil de tercera generación.

La expresión tercera generación (3G) se emplea para designar una amplia variedad de servicios de comunicaciones móviles, los que incluyen transmisión de voz (telefonía móvil), video y datos en general (acceso a Internet o banda ancha móvil) a alta velocidad.

La consultante hizo presente que los actuales operadores de telefonía móvil pueden tecnológicamente prestar estos servicios avanzados en sus actuales bandas de frecuencias -800 y 1900 MHz-, para lo cual dichos operadores deben migrar desde sus servicios de voz hacia estos servicios avanzados de voz y datos.

En una primera complementación de su consulta, la Subsecretaría de Telecomunicaciones señaló que ha arribado a la convicción de que el concurso público debe permitir e incentivar el ingreso de, al menos, un nuevo competidor al mercado del servicio público de telefonía móvil. También indica que llegó al convencimiento de que se debe otorgar a los actuales operadores la posibilidad de

participar en el concurso público de asignación de frecuencias en las bandas destinadas a los servicios de tercera generación, por cuanto les otorga la posibilidad de proveer más y mejores servicios. Y, finalmente, como consecuencia de una eventual apertura de estas bandas a los operadores incumbentes y con el fin de no frustrar la posibilidad de disminuir los altísimos grados de concentración existentes en este mercado, se requerirían medidas paliativas a favor de los operadores entrantes.

En una segunda complementación de su consulta, en torno a cuál es el mínimo de banda que técnicamente permite en forma eficiente y con costos razonables prestar servicios con tecnología 3G a nivel nacional, precisó que es muy difícil determinar un ancho de banda mínimo, puesto que en ello incide una serie de variables y complejidades. No obstante, según la experiencia internacional sobre los anchos de banda entregados a los diversos operadores, aquéllos oscilan entre 10 y 45 MHz, lo que corrobora que no existe un valor único de ancho de banda óptimo por empresa para que preste de manera adecuada los servicios de 3G.

La resolución impugnada, en lo concerniente a la participación o no de los actuales concesionarios de telefonía móvil en el concurso previsto, estableció que no es procedente excluirlos en el concurso consultado, fundando dicha conclusión en que la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168) instituye el principio de libre e igualitario acceso al espectro radioeléctrico.

Luego, el dictamen del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia define los mercados relevantes a los que atañe el concurso consultado. A juicio del Tribunal, los mercados relevantes están determinados por los servicios que es posible prestar con las tecnologías de 3G. Tales mercados son dos: transmisión de voz móvil y transmisión de datos o banda ancha móvil.

Respecto del primer servicio o producto, el mercado relevante es el servicio público de telefonía móvil. En este mercado participan tres empresas concesionarias: Claro, Entel PCS y Movistar, que utilizan las bandas de 800 MHz y 1900 MHz, que son las únicas bandas actualmente destinadas a ese servicio.

En lo referente al segundo servicio o producto, el mercado relevante es el de los servicios móviles de transmisión de datos de alta velocidad, que aún se encuentra en un estado de incipiente desarrollo. En relación a esto último, se hace constar que recientemente los operadores móviles establecidos, con las bandas que ahora poseen, lanzaron comercialmente los servicios de banda ancha móvil a alta velocidad.

Luego de identificados los mercados relevantes, la resolución reclamada procede a evaluar cuáles son las barreras de entrada a esos mercados para los nuevos operadores. Señala que la principal barrera es la disponibilidad de espectro radioeléctrico, que constituye el insumo esencial para ofrecer los servicios de comunicaciones móviles. Pero también la porción de espectro radioeléctrico que se adjudica a cada operador va a determinar los costos de prestar los servicios y su calidad. Así, a mayor ancho de banda, menores serán los costos de inversión y de operación de la red para entregar un determinado nivel de cobertura y de tráfico. Es por ello que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es de opinión de que el espectro radioeléctrico, además de constituir una barrera de entrada, incide en la estructura de costos de los operadores. De este modo, un entrante que se adjudique una porción de espectro menor que la de los actuales operadores deberá enfrentar mayores costos de inversión y de operación para un mismo nivel de cobertura y tráfico.

A continuación, el fallo explica que, aparte de las ventajas de costos que pudieran surgir con motivo de asimetrías o desigualdades en la distribución de espectro, un entrante debe considerar dos obstáculos adicionales, como son la disponibilidad de terrenos para el emplazamiento de antenas y estaciones base y la posibilidad de alcanzar un volumen tal de ventas o clientes que le permita amortizar las inversiones necesarias para operar. A este respecto se consigna que en la industria de la telefonía móvil existen costos de cambio que afectan en forma significativa la probabilidad de que un consumidor cambie de proveedor ante una oferta que le resulte más conveniente, principalmente por la imposibilidad de mantener el mismo número de teléfono. En razón de ello, el Tribunal estima que la

facilidad denominada “portabilidad numérica” que otorgan los operadores de telefonía móvil en diversos países facilitaría la competencia en este mercado, intensificando, por ende, la competencia en el respectivo concurso.

En conclusión, enfatiza el fallo, es necesario que en el mercado final sea posible para un nuevo entrante competir desafiando de manera efectiva a las empresas establecidas.

En seguida, se ocupa de que las bases que se diseñen no discriminen a favor de los actores establecidos en el mercado de las telecomunicaciones móviles, porque dadas las características de estos concursos –en los que se evalúa el proyecto técnico y la velocidad para desplegarlo- resulta evidente que los actuales operadores de telefonía móvil, al tener gran parte de la infraestructura ya instalada, podrán ganar con mayor facilidad el concurso. Por el contrario, los interesados que no posean tales inversiones deberán antes que todo ubicar sitios para instalar las estaciones de radio y antenas –con las dificultades que ello implica- para luego proceder a realizar las obras civiles necesarias para instalar las estaciones base y, en definitiva, desplegar la red.

En razón de todo lo anterior el Tribunal concluye que hay razones para ordenar a la autoridad consultante que tome acciones a fin de que los interesados puedan competir de manera efectiva en el mercado de las telecomunicaciones móviles y que, previamente, puedan participar en condiciones de competencia razonables en el concurso mediante bases que no discriminen a favor de los actores ya establecidos.

En lo medular y luego de diversos argumentos, el fallo plantea consideraciones finales en orden a que, además de no ser legalmente procedente impedir la participación en el concurso de los actuales operadores de telefonía móvil, no observa tampoco la conveniencia que desde el punto de vista de la libre competencia podría tener la exclusión, limitación o condicionamiento de la participación de los actuales operadores móviles. Sin embargo, estima necesario la adopción de ciertas medidas para permitir, por un lado, que los incumbentes y

potenciales nuevos entrantes puedan competir en el concurso con una mayor igualdad de condiciones; y por otro, que estos últimos dispongan de posibilidades reales de desafiar a los incumbentes, mediante la reducción de las barreras de entrada a los mercados relevantes.

Sobre la base de estas consideraciones la resolución decide la cuestión en los siguientes términos:

Primero: declarar que, de acuerdo con las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, y lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, no es procedente excluir la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el Concurso Consultado, por lo que éstos podrán participar en él cumpliendo con la normativa aplicable y con los demás requisitos de general aplicación que establezcan las bases del concurso público consultado;

Segundo: La Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá adoptar las siguientes medidas o dar cumplimiento a las siguientes condiciones:

- 1) Primero: Lo antes posible, y en forma previa a la fecha prevista en las bases como plazo máximo para la entrada en operación o puesta en marcha de los proyectos técnicos de los adjudicatarios del Concurso, la consultante deberá implementar la portabilidad del número telefónico móvil, estableciendo que la tarifa por dicho servicio que fuere procedente sea cobrada al público;
- 2) Segundo: La consultante deberá subdividir la banda de frecuencia 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz en el mayor número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios avanzados de comunicaciones móviles o de 3G con cobertura nacional. En las bases deberá establecerse que cada postulante se podrá adjudicar sólo un bloque en un primer concurso, 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; y,

- 3) Tercero: La consultante deberá definir en las bases del Concurso los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deberán comprometer los postulantes, considerando para ello términos tales que no restrinjan o perjudiquen la participación de aquellos interesados que carezcan, a la fecha del Concurso, de infraestructura o redes de comunicaciones móviles”.

Como se dijo previamente, dicha resolución fue objeto del recurso de reclamación por parte de la Fiscalía Nacional Económica, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Mediante la presentación de fojas 2432, la Fiscalía Nacional Económica solicita que se fije un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que puede detentar cada operador, actual o potencial, considerando todas las bandas destinadas actualmente a telefonía móvil, con el objeto de reducir el riesgo que los operadores establecidos bloqueen o dificulten el ingreso de los entrantes por medio del acaparamiento de espectro radioeléctrico. Añade que las compañías Entel PCS, Movistar y Claro no requieren de nuevas concesiones de espectro radioeléctrico para prestar servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil o, a lo sumo, para prestar estos servicios necesitarían anchos de espectro muy inferiores a los de un potencial entrante. Y, en todo caso, las bases del concurso consultado deben permitir la prestación de los servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil en condiciones razonablemente equivalentes, considerando el eventual ingreso de nuevos oferentes.

A su vez, la reclamación de Nextel Chile S.A impugna la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo en cuanto establece como condición la portabilidad del número telefónico. Si bien concuerda en que constituye una barrera de entrada a nuevos operadores la imposibilidad que tiene el usuario, al trasladarse de una empresa a otra, de llevar consigo el número que le asignó su proveedor original, lo que reprocha es la oportunidad en la que debe hacerse efectiva la portabilidad numérica. El reparo lo funda en que si los adjudicatarios del

concurso están en condiciones de entrar en operaciones antes de la implementación de la portabilidad numérica, ello los puede afectar retrasando su entrada al mercado. Por lo tanto, solicita que se complemente dicha condición en el sentido de garantizar que la imposición de ésta no afecta el derecho de los adjudicatarios del concurso a iniciar la prestación de servicios tan pronto sea posible, aun cuando a esa fecha no se haya implementado la portabilidad numérica, salvaguardando de esta forma la entrada de nuevos competidores en el mercado en el menor tiempo posible.

En la tercera de las reclamaciones, correspondiente a la empresa VTR Banda Ancha (Chile) S.A., se pide la reserva expresa de porciones de espectro radioeléctrico de a lo menos 60 MHz en beneficio de empresas que sean potenciales nuevos entrantes. Argumenta que, para una efectiva competencia, los nuevos oferentes que ingresen al mercado deben poseer bloques de espectro radioeléctrico de tamaño comparable al de los actuales competidores, pues de lo contrario sufrirían desventajas competitivas irremontables. Sostiene que una correcta interpretación del principio de igual y libre acceso en materia de telecomunicaciones debiera haber llevado al Tribunal a establecer la reserva expresa de una porción suficiente del espectro radioeléctrico a favor de los nuevos operadores entrantes. Explica que la asignación pura y simple de un insumo esencial y escaso, sin adoptar medidas que se hagan cargo de las manifiestas diferencias operacionales y de costos que enfrentarán los agentes económicos que desean ingresar a este mercado respecto de los operadores establecidos, atenta precisamente contra las normas sectoriales que propugnan esta libertad e igualdad en el acceso. Asimismo, en lo referente a que la portabilidad del número telefónico móvil se encuentre implementada antes de que los adjudicatarios del concurso entren en operaciones, alega que tal condición generará una postergación del referido concurso y, en consecuencia, un retardo en el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil, por cuanto dicha implementación no depende simplemente de un acto administrativo de la Subsecretaría consultante que lo ordene, sino que se encuentra sujeta a todo un diseño técnico, económico y normativo que deberá efectuarse para su puesta en marcha.

Por último, la Subsecretaría de Telecomunicaciones apoya su reclamación, en síntesis, en que la consulta que formuló constituía un llamamiento al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a efectuar un examen de las condiciones del futuro concurso, no conforme con la legislación sectorial que ya había considerado sino que en relación a la legislación de competencia que a dicho tribunal le corresponde calificadamente apreciar a la luz de la orientación teleológica de la jurisdicción antimonopolios. Indica que el razonamiento que hace el tribunal de inhibirse de razonar más allá de la legislación de telecomunicaciones lo llevó a incurrir en severas inconsistencias y contradicciones, tanto respecto de su jurisprudencia uniforme en relación con las concesiones que involucran la asignación del recurso radioeléctrico, como respecto de su más reciente doctrina en materia de concursos públicos de telecomunicaciones. En este punto, manifiesta que existe una jurisprudencia asentada, generada originalmente por la antigua Comisión Resolutiva y sostenida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el sentido de ordenar la distribución y asignación del espectro radioeléctrico, en particular de telefonía móvil, conforme a dos cuestiones fundamentales que se han estimado beneficiosas para la libre competencia, cuales son establecer límites de espectro radioeléctrico del que puede gozar un operador para determinado servicio y propender a la homogeneidad en la asignación de espectro para los distintos operadores que compiten entre sí.

En lo tocante a la condición de implementar la portabilidad del número telefónico móvil en forma previa a la puesta en marcha por parte de los que se adjudiquen el concurso, expresa que el tribunal no advirtió la enorme complejidad técnica y normativa que importa dicha implementación. Tal condición haría impracticable el concurso público e introduce una condición esencialmente incierta respecto del momento efectivo en que los adjudicatarios podrán iniciar sus servicios.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el fallo impugnado dispuso que la Subsecretaría de Telecomunicaciones implementara la portabilidad del número telefónico móvil en

forma previa a la fecha prevista como plazo máximo para la entrada en operación de los proyectos técnicos adjudicatarios.

Asimismo, para permitir la participación e ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil, ordenó a la consultante subdividir la banda de frecuencia objeto del concurso en el mayor número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios de telefonía móvil digital avanzada con cobertura nacional.

Además, a fin de favorecer el ingreso de un nuevo operador de telefonía móvil, las bases deberán establecer que cada postulante, en un primer concurso, podrá adjudicarse como máximo un bloque.

Y con el objeto de mitigar la desventaja de los nuevos entrantes en relación con la rapidez en el despliegue y entrada en operación de los servicios ofrecidos, determina que la consultante deberá definir en las bases los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deberán comprometer los postulantes, en términos tales que no restrinjan o perjudiquen la participación de aquellos interesados que carezcan de infraestructura o de redes de comunicaciones móviles, permitiendo a todos los postulantes participar en el concurso consultado bajo condiciones de menor desigualdad;

SEGUNDO: Que en relación con lo resuelto ha de pronunciarse esta Corte Suprema, sobre la base de los recursos de reclamación interpuestos.

Cabe precisar que el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 estatuye que “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

“Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos,

para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”.

El inciso final del artículo 31 del mismo texto legal prescribe que “Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación”;

TERCERO: Que esta potestad consultiva que confiere el Decreto Ley N° 211 al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consiste entonces en decidir asuntos de carácter no contencioso relacionados con hechos, actos o contratos existentes o que interesados se propongan ejecutar o celebrar, que puedan infringir la libre competencia, con el propósito de revisarlos para constatar la posibilidad de resultar o no dichos hechos, actos o contratos en contravención a las disposiciones de ese cuerpo normativo. En este sentido, la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar;

CUARTO: Que, adicionalmente, el citado artículo 18 en su numeral 2° contempla una facultad para el tribunal cuando conoce de un asunto consultado, como es la de “fijar condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”, para que ese hecho, acto o convención se ajuste al bien jurídico de la libre competencia que se pretende tutelar;

QUINTO: Que el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, al establecer la procedencia de recurrir de “reclamación” ante la Corte Suprema contra una resolución que imponga condiciones o medidas en un procedimiento no contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no precisa la naturaleza jurídica de este recurso de reclamación. Lo anterior trae aparejada la necesidad de fijar el alcance de este medio de impugnación para determinar el ámbito de competencia de esta Corte en el conocimiento del asunto sometido a su jurisdicción;

SEXTO: Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación –tal como aparece de la discusión producida en las distintas etapas de gestación de la ley- la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;

SEPTIMO: Que, en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse entre ellas;

OCTAVO: Que, en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad;

NOVENO: Que determinado de este modo el ámbito de competencia de esta Corte en este recurso, corresponde hacerse cargo de las reclamaciones reseñadas precedentemente;

DECIMO: Que en lo referente a la condición primera fijada por la resolución que se revisa, todas las reclamaciones coinciden en destacar que aquélla puede constituir un obstáculo para los fines pretendidos por el propio tribunal antimonopolios de permitir el ingreso de nuevos operadores en el mercado de las telecomunicaciones

móviles. Dicho tribunal anotó como una de las barreras de entrada al mercado de la telefonía móvil la imposibilidad del usuario de cambiar de proveedor de servicio telefónico móvil llevando consigo el número que le asignó su proveedor original, pues a su entender “afecta en forma significativa la posibilidad de que un consumidor se cambie de proveedor ante una oferta precio/calidad que le resulte más atractiva y, con ello, disminuye la posibilidad de que nuevos operadores puedan entrar, expandir sus negocios y desafiar, en plazos razonables y de forma efectiva, la posición en el mercado de las empresas establecidas” (considerando séptimo);

UNDECIMO: Que si bien los reclamantes están de acuerdo en que se implemente a la brevedad un sistema de portabilidad de la numeración telefónica móvil, puesto que eliminará un importante factor de limitación de la movilidad de los usuarios incrementando la competencia al interior del mercado, estiman, no obstante, que los términos en que fue dispuesta -más que introducir un elemento competitivo- crea un factor restrictivo de la misma. Explican que la exigencia de encontrarse implementada la portabilidad del número telefónico móvil antes de que los adjudicatarios del concurso entren en operaciones, tal como lo ordena la condición primera, provocará una postergación del referido concurso y, por tanto, un retardo en el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil en razón de la enorme complejidad técnica y normativa que importa la implementación de la portabilidad del número móvil, cuyos plazos de ejecución dependerán del diseño que efectúe la autoridad sectorial y de su regulación;

DUODECIMO: Que la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa, constituyendo el recurso de reclamación el mecanismo de control de esa facultad;

DECIMO TERCERO: Que, bajo esa premisa, esta Corte comparte los fundamentos vertidos por la autoridad consultante en su reclamo en orden a que la condición primera del resuelto segundo afecta la certeza jurídica y derechos de

los futuros operadores del servicio que será objeto del concurso, toda vez que introduce una variable incierta respecto del momento efectivo en que ellos podrán iniciar tales servicios. En efecto, el cumplimiento de la condición que introduce la sentencia no dependerá de los adjudicatarios ni de la autoridad sectorial encargada de la ejecución del concurso, sino que estará sujeto a una serie de eventualidades tanto normativas como operativas que exceden las posibilidades de control de aquéllos;

DECIMO CUARTO: Que, de esta forma, la citada condición provocará inevitablemente que los nuevos competidores se vean imposibilitados de prestar sus servicios mientras no se haya implementado la referida portabilidad numérica, cuyos plazos de ejecución dependerán del diseño y tecnología que se decida adoptar así como de la regulación que se dicte al efecto. De lo señalado se advierte que se generará un retardo en el ingreso de nuevos operadores al mercado de la telefonía móvil;

DECIMO QUINTO: Que los argumentos que se han señalado demuestran la improcedencia de establecer tal condición, razón por la cual se la dejará sin efecto, considerando además que se trata de una medida propia de políticas públicas sectoriales;

DECIMO SEXTO: Que la condición segunda, también cuestionada por los reclamantes, ordena a la Subsecretaría de Telecomunicaciones subdividir la banda de frecuencia objeto del concurso -90 MHz- en el mayor número de bloques que técnicamente permita prestar los servicios de tercera generación en forma eficiente y con costos razonables;

DECIMO SEPTIMO: Que respecto de esta segunda medida se debe asentar, en primer término, que la resolución reclamada identifica como la principal barrera de entrada al mercado de la telefonía móvil la disponibilidad del espectro radioeléctrico. Como se ha dicho, no sólo constituye el insumo esencial para la provisión de ese servicio o producto, sino que también la proporción de espectro radioeléctrico asignada a cada operador determina los costos de prestar los

servicios y su calidad. De ello se sigue que una efectiva competencia requiere que se promueva la homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado;

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

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

VIGESIMO: Que tampoco puede perderse de vista el hecho que se está frente a la prestación de un servicio público y que no existen derechos de propiedad de particulares sobre el espectro radioeléctrico, el cual es administrado por la

Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que debe velar por el acceso igualitario al mismo y por su uso eficiente, lo que importará no sólo que nuevos oferentes puedan acceder a una porción o bloque sino la obligación para la autoridad de cautelar que quienes lo posean lo hagan en condiciones equivalentes, de manera que puedan competir en el mercado de las telecomunicaciones móviles en situación de competencia razonable en beneficio de todos los usuarios;

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

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

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

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

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973, **SE ACOGEN** los recursos de reclamación deducidos por la Fiscalía Nacional Económica, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha Chile S.A y la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en contra de la Resolución N° 27/2008 de fecha diecisiete de julio último, sólo en cuanto:

A) Se elimina la condición primera del resuelto segundo de la resolución reclamada;

B) 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”.

SE RECHAZAN, en lo demás, los referidos recursos de reclamación.

Acordadas las decisiones signadas con las letras A) y B) con el voto en contra de la Ministra Sra. Araneda, quien estuvo por rechazar los reclamos deducidos por la Fiscalía Nacional Económica, Nextel Chile S.A., VTR Banda Ancha (Chile) S.A. y la Subsecretaría de Telecomunicaciones, teniendo en consideración:

1º) Que conforme al numeral segundo del artículo 18 del D.L. N°211, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está dotado de una potestad no contenciosa destinada a absolver consultas acerca de un hecho, acto o contrato, sean éstos existentes o futuros, que pudieren ser contrarios a la libre competencia. En el ejercicio de esta atribución, el Tribunal actúa como un órgano administrativo consultivo preventivo. Esta función se distingue claramente de la potestad jurisdiccional propiamente tal, pues no existe un conflicto entre partes que deba ser resuelto a través de una sentencia que ponga término a la litis. En otras palabras, el Tribunal no resuelve una contienda, sino que emite ciertos pronunciamientos sobre la concordancia entre la conducta consultada y la libre competencia.

Luego, dentro de esta potestad pública, le asiste al Tribunal la facultad de corregir esos hechos, actos o convenciones a fin de ajustarlos al bien jurídico tutelado, fijando los requisitos o condiciones en que aquéllos deberán ser ejecutados;

2º) Que, bajo esa premisa, no puede sino concluirse que el recurso de reclamación que contempla el inciso final del artículo 31 del D.L. N°211 contra las

resoluciones que fijen condiciones a cumplirse en actos o contratos tiene un carácter restringido. En efecto, la competencia que se otorga a esta Corte únicamente puede ser entendida con el objeto de permitir la revisión de las condiciones o medidas impuestas al consultante. De esta manera, su ámbito de aplicación sólo está referido a la decisión positiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fijar determinadas condiciones que deban ser cumplidas en tales actos o contratos. No autoriza dicho arbitrio modificar lo resuelto en el sentido de imponer otras medidas no consideradas por el Tribunal;

3º) Que, por lo tanto, el alcance del recurso de reclamación que instaura el precepto legal antes citado tiene sólo por objeto revisar las medidas que se hubiesen fijado en el procedimiento no contencioso, de manera que no resulta posible pronunciarse sobre condiciones no impuestas, toda vez que ello excedería el carácter meramente consultivo de este procedimiento;

4º) Que como queda de manifiesto, esta Corte no tiene competencia para decidir sobre restricciones que no se impusieron y decidir las por su parte, puesto que la ley no lo permite. De este modo, las pretensiones de los recurrentes de reclamación, en cuanto solicitan acoger condiciones que estiman necesarias para el concurso consultado, escapan del marco del recurso de reclamación entablado y que ha dado origen a este procedimiento no contencioso. En consecuencia, en lo tocante a la decisión contenida en la letra B) que antecede, al exceder la competencia que la ley le reconoce a este Tribunal Superior, la disidente es de opinión de no dar lugar a ella;

5º) Que, en relación a la decisión comprendida en la letra A) de lo resuelto, de dejar sin efecto la exigencia consistente en la implementación de la denominada portabilidad numérica antes de que los adjudicatarios del concurso entren en operaciones, fue de parecer de mantener dicha condición. Tiene en consideración para ello que atendido el alto grado de penetración de la telefonía móvil en Chile y la baja tasa de movilidad de los usuarios entre las distintas empresas, la ausencia de la portabilidad numérica dificultará a los nuevos competidores la disputa de

clientes de los actuales operadores y, por ende, de lograr en un tiempo razonable un tamaño mínimo que permita justificar las inversiones requeridas.

Acordada, asimismo, las antedichas decisiones con el voto en contra del ministro Sr. Kunsemuller, quien estuvo por rechazar las referidas reclamaciones en consideración a lo siguiente:

1) Que el Subsecretario de Telecomunicaciones solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ejercer la potestad consultiva establecida en el artículo 18, número 2 del Decreto Ley N° 211 y resolver, en definitiva, si en el concurso público que esa Subsecretaría tiene proyectado realizar podrán o no participar los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil y, en el primer caso, si al efecto deben cumplir algún requisito o someterse a alguna restricción, a la luz de las normas y principios de protección de la libre competencia;

2) Que en la consulta se reconoce la inexistencia de impedimentos legales que obsten a la postulación de cualquier interesado en la concesión del servicio público de telefonía móvil digital avanzado y que, como efecto de la inexistencia de exclusiones, los actuales concesionarios de dicho servicio pueden presentarse al concurso público referido;

3) Que la potestad consultiva del Tribunal mencionado tiene un carácter marcadamente preventivo, asignándole la doctrina el cumplimiento de un rol fundamental en el buen funcionamiento de una legislación antimonopólica, desde que mediante su activación se obtiene una significativa certeza jurídica para operar en los mercados y una relevante economía procesal, en cuanto a que el interesado no debe iniciar o aguardar un proceso judicial para obtener seguridad de que no está vulnerando la libre competencia con actos o contratos ya celebrados o de que no tendrán alcances monopólicos los hechos, actos o contratos que pretenda ejecutar o celebrar en el futuro, en el supuesto que el procedimiento consultivo no se transforme en contencioso. (Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 602 y s.s.);

4) Que el órgano consultado ha resuelto la materia sometida a su conocimiento, señalando, por una parte, la improcedencia legal de impedir la participación en el concurso de los incumbentes de telefonía móvil, y por la otra, que no existen fundamentos económicos para excluir o limitar su dicha participación;

Aún cuando el tribunal no observa la conveniencia que, desde el punto de vista de la libre competencia, pudiera tener la exclusión, limitación o condicionamiento de la participación de los operadores móviles establecidos en el concurso, ha estimado necesario adoptar determinadas medidas, contenidas dentro de sus atribuciones, para permitir, por un lado, que los incumbentes y potenciales nuevos entrantes puedan competir en el concurso con una mayor igualdad de condiciones; y por otro, que los potenciales nuevos entrantes dispongan de posibilidades reales de desafiar a los incumbentes, mediante la reducción de las barreras de entrada a los mercados relevantes;

5) Que si bien la Subsecretaría de Telecomunicaciones se sometió voluntariamente al control preventivo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dedujo en contra de la resolución citada el recurso de reclamación; también dedujeron dicho medio de impugnación en contra del fallo, la Fiscalía Nacional Económica, Nextel Chile S.A. y VTR Banda Ancha Chile S.A.;

6) Que en el acápite 5º de la parte considerativa de su resolución, el Tribunal señala que “no es procedente que este Tribunal ordene contravenir la normativa de telecomunicaciones, impidiendo que determinadas personas concursen por un recurso respecto del cual, conforme a la ley, tienen libre e igualitario acceso, más aún si el órgano encargado de interpretar y aplicar tal normativa ha corroborado tal improcedencia.” A continuación precisa que analizará en el contexto normativo propio del caso, “cuáles son los riesgos para la competencia que involucra la participación en el Concurso de los actuales concesionarios de telefonía móvil, a fin de determinar si es preciso mitigar tales riesgos por medio del establecimiento de condiciones de aplicación general, que concilien las normas de defensa de la competencia con la legislación sectorial aplicable”;

7) Que el artículo 1º del Decreto Ley N° 211 prescribe a la letra: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”.

La noción de libre competencia refleja el bien jurídico protegido por el cuerpo legal, pero no es definida por el legislador. Desde que la libre competencia es considerada un bien jurídico, integrante del bien común de la sociedad civil, existe consenso en que ha de asegurarse un funcionamiento fluido y carente de distorsiones de aquella. (Valdés Prieto, *op. cit.*, pág. 97) Por ende, está fuera de discusión la necesidad de contar con una legislación que ampare o tutele la libre competencia.

Varias son las nociones postuladas para explicar el concepto de libre competencia y ellas han sido ampliamente difundidas en la literatura especializada. En todo caso, es relevante apuntar que no ha de entenderse la libre competencia como una protección selectiva de ciertas categorías o clases de competidores, sino que es el proceso mismo de la competencia el objeto de la protección jurídica, más que los competidores, cualquiera sean sus características propias, que no han de influir en el mecanismo jurídico de tutela. Libre competencia significa -en concepto de los estudiosos del tema- libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales, entre las cuales exhibe un rol capital el principio de subsidiariedad. (Valdés Prieto, *op. cit.*, p.180)

La jurisprudencia sobre libre competencia ha sido coherente al referirse a esa libertad, en cuanto objeto jurídico amparado, señalando: “Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado (Decreto Ley 211), no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos

productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad a todos los agentes económicos que participen en el mercado.” (Resolución N° 368, Comisión Resolutiva);

8) Que a la libre competencia le son asignadas varias funciones “ordenadoras”, en el plano moral, político, jurídico y económico:

a) Promueve el mayor desarrollo de las capacidades morales, intelectuales y físicas del ser humano, mediante un estímulo de la iniciativa y de la responsabilidad, lo cual entraña una dignificación de aquella, con independencia de la productividad efectivamente alcanzada.

b) Asegura una fundamental ámbito de libertad a los individuos y a los cuerpos intermedios frente al Estado y sus organismos, así como frente a los demás competidores, sean éstos personas públicas o privadas.

c) Evita injustos desplazamientos de riqueza, coadyuvando a la justicia conmutativa en las convenciones regidas por ésta al impedir abusos.

d) Ordenación de la actividad económica, aportando a una justa y eficiente formación de precios y valores de cambio, asegurando la posibilidad de ejercitar la libertad de competencia mercantil. (Valdés Prieto, cit., pp.199 y s.s.)

9) Que la existencia de un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que ejerce jurisdicción en una materia especialísima, resulta indispensable para la materialización del derecho antimonopólico.

La normativa contenida en el Decreto Ley 211 es de orden público, según lo ha enfatizado la jurisprudencia del anterior órgano competente:

“Que una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional y que forman parte del llamado Orden Público Económico, es, precisamente, el Decreto Ley 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado”; “ los preceptos del Decreto Ley 211, los que por cumplir una finalidad de alto interés nacional son de orden público y no pueden ser alterados, modificados o sustituidos por la voluntad de las personas que intervienen en ella (la actividad económica)” (Resolución 368, considerando 7º, parte final, Comisión Resolutiva);

10) Que en la especie, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en ejercicio de sus facultades privativas,, ha adoptado medidas destinadas a cautelar precisamente el bien jurídico cuya protección jurisdiccional y administrativa le está encomendada a través de las disposiciones legales que ha aplicado. En consecuencia, la resolución emitida en respuesta a la consulta que voluntariamente se le formulara, no agravia en modo alguno la libertad de competencia mercantil de los reclamantes, garantizada por el Decreto Ley 211 y está exenta del reproche normativo planteado a esta Corte mediante las reclamaciones en análisis, que, por ende, han de ser desestimadas.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño y de las disidencias, sus autores.

Rol N°4797-2008. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Carlos Künsemüller y Sr. Haroldo Brito. Santiago, 27 de enero de 2009.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte señora Carola Herrera Brümmer.