LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1359 - 1
13 de julio de 2018
ISSN 0717-1528

CORTE SUPREMA Y LOS LÍMITES SOBRE EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

- Hace algunos días, la Corte Suprema acogió la reclamación de CONADECUS en contra de Entel, Movistar y Claro, declarando que habían incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700 MHz, sin respetar el límite de 60 MHz impuesto a cada operador.
- El referido límite máximo de 60 MHz no emana de un precepto normativo, sino que fue fijado por la misma Corte Suprema el año 2009, en el marco de una consulta iniciada por la SUBTEL respecto de las bases de una licitación específica ("Concurso 3G").
- Las consecuencias del fallo son graves, por cuanto se ordena a las demandadas a desprenderse del espectro radioeléctrico en exceso de ese límite, ya adquirido válidamente en un concurso público.

El pasado 25 de junio, la Tercera Sala de la Corte Suprema (CS) dictó una sentencia calificada por muchos de "inédita". En una decisión dividida (3-2), la Corte acogió la reclamación interpuesta por el Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS) en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), y decidió acoger, en consecuencia, la demanda interpuesta en contra de Entel, Movistar y Claro, declarando, entre otras cosas, que éstas habían incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700 MHz (Concurso 700 MHz), sin respetar el límite de 60 MHz que conforme a la CS se encontraría impuesto como máximo para cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles.

Lo relevante es que dicho límite máximo de 60 MHz no emana de un precepto normativo, sino que fue impuesto por la misma Corte Suprema en una sentencia del año 2009, en el marco de una consulta iniciada por la SUBTEL respecto de las bases de una licitación específica ("Concurso 3G").

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1359 - 1
13 de julio de 2018
ISSN 0717-1528

¿QUÉ ES EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO?

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

Se caracteriza por ser un recurso natural, intangible y limitado, y que se encuentra dividido en bloques o bandas de frecuencia que "tienen distintas características físicas, lo que limita la gama de usos o servicios para las cuales una determinada banda de frecuencias es adecuada"[iii]. Cada Estado, dentro del ámbito de su soberanía, lo administra para su optimización y para evitar que se produzcan interferencias, generando su uso el pago de derechos a favor del mismo.

En Chile, la Ley General de Telecomunicaciones considera al espectro radioeléctrico como un bien nacional cuyo dominio pertenece a la Nación toda[iv] y, asimismo, establece expresamente que "el uso y goce de frecuencias del mismo será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado"[v]. Es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), el que administra el uso eficiente de este recurso.

DEMANDA DE CONADECUS Y ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TDLC

En marzo de 2014, CONADECUS interpuso una demanda en contra de Movistar, Claro y Entel ante el TDLC, por cuanto, en su concepto, éstas habrían infringido la Ley Antimonopolios al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la SUBTEL, excediendo los límites de espectro radioeléctrico (60 MHz) 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.

Sin embargo, por sentencia del 15 de septiembre de 2016, el TDLC rechazó la demanda de CONADECUS, con costas, principalmente en base a las siguientes consideraciones de fondo:

ISSN 0717-1528

1. Ausencia de posición dominante de las demandadas: la industria de las telecomunicaciones móviles ha experimentado importantes cambios durante los últimos tiempos, especialmente con la introducción de los Operadores Móviles Virtuales (OMV), que ha creado un mercado de acceso a las facilidades de telecomunicaciones en el cual los OMV adquieren acceso a redes -de propiedad de los Operadores Móviles con Red (OMR)- para prestar servicios de telecomunicaciones móviles a los consumidores finales. De este modo, la industria de servicios móviles estaría conformada por un mercado mayorista o aguas arriba, en el que se transa el acceso a las redes móviles; y un mercado aguas abajo, consistente en la comercialización a nivel minorista de servicios analógicos y digitales de telecomunicaciones móviles.

El TDLC concluyó que no es posible afirmar que las demandadas, individualmente consideradas, detenten una posición de dominio en el mercado aguas arriba, la que pueda traducirse en una posición dominante en el mercado aguas abajo[vi]. Ello conduce a que con menor razón las demandadas puedan considerarse como "*superdominantes*", como sostiene el demandante, por lo que no puede recaer en ellas un "especial de deber de cuidado".

2. El límite de 60 MHz no tiene efectos generales: CONADECUS funda su demanda en la existencia de un supuesto límite de 60 MHz de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico, decretado en la Resolución Nº2/2005 del TDLC y en sentencia de la Corte Suprema del año 2009. Sin embargo, dicho límite no resultaría aplicable por lo siguiente:
(i) La Resolución Nº2/2005 del TDLC se dictó en el marco de una consulta presentada por Telefónica en relación a una operación específica con *BellSouth Corporation*.
(ii) La lectura e interpretación de la sentencia de la Corte Suprema del año 2009, tampoco permite inferir que el límite a la tenencia de espectro radioeléctrico establecido en ella era aplicable a otros concursos. Tal límite estuvo dirigido específicamente a las bandas 1700-2100 MHz (Concurso 3G) objeto de la consulta que dio origen a esa causa, y a las que estaban destinadas al servicio público telefónico móvil al momento de dictarse dicha sentencia (800 MHz y 1900 MHz)[vii].

En consecuencia, 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 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. Además, debe tenerse en cuenta que la

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1359 - 1
13 de julio de 2018
ISSN 0717-1528

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, de la cual carecen.

3. Ausencia de conducta de acaparamiento anticompetitivo de espectro radioeléctrico: para que la conducta de acaparamiento imputada por CONADECUS pueda ser sancionada, es necesario acreditar que las demandadas han podido usar y han efectivamente usado el espectro de un modo estratégico para obstaculizar el desarrollo de la competencia o de competidores, y ello no fue acreditado.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Sin embargo, el 25 de junio recién pasado, la Corte Suprema, en una decisión dividida, decidió acoger la reclamación de CONADECUS, y con ello la demanda, ordenándoles a éstas desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el Concurso 700, quedando a su opción la banda que será enajenada, hasta ajustarse al límite máximo de 60 MHz[viii]. Dicha decisión se sustentó básicamente en los siguientes argumentos:

1. La Corte no comparte la apreciación del TDLC de que las empresas demandadas no tengan una posición dominante, puesto que sus participaciones en el mercado mayorista y minorista, la efectividad de tener características oligopólicas (las tres en conjunto manejan el 83% del mercado) y la existencia de barreras de entrada, permite aseverar que las tres tienen a la fecha una posición de dominio, y es en dicho contexto en que debe analizarse la base angular de la demanda.

2. La autoridad ha impuesto límites a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los operadores puede poseer. [ix]En particular, el tenor del fallo de la Corte Suprema del año 2009, al establecer que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, lleva a la conclusión de que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del Concurso 3G, sino que es una medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro, y sólo en el marco de una consulta previa al TDLC se pudo haber eliminado la restricción de 60 MHz o se pudo establecer un límite superior.

En consecuencia, la Corte estimó que las demandadas efectivamente han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse la banda 700, puesto que su actuar implica la realización de una conducta que, atendidas las actuales condiciones del

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1359 - 1
13 de julio de 2018
ISSN 0717-1528

mercado mayorista, restringe o perturba la libre competencia. Las demandadas, para participar en el Concurso 700 MHz, debieron previamente desprenderse de aquellas bandas que fueren prescindibles para que con la nueva adjudicación no se superaran los 60 MHz o iniciar el proceso de consulta respectivo para dejar sin efecto el límite referido.

VOTO EN CONTRA

Los argumentos del voto en contra concuerdan en su mayoría con los argumentos del TDLC para rechazar la demanda, esto es que la prueba rendida no permite establecer la conducta anticompetitiva de acaparamiento del espectro radioeléctrico, y que no existe ninguna restricción a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada operador puede poseer, toda vez que la sentencia de la Corte Suprema del año 2009, estableció tal límite exclusivamente para el Concurso 3G, sin que éste pueda ser considerado como un límite general, no sólo por impedirlo el artículo 3º del Código Civil que se refiere al efecto relativo de las sentencias, sino que además porque los tribunales no pueden atribuirse competencias de las que carecen. Asimismo, el voto en contra establece que incluso aunque se considerara que el límite de 60 MHz fuese general, las demandadas se presentaron en un concurso abierto por la SUBTEL, cuyas bases fueron revisadas por la FNE, quien estimó que no tenían elementos anticompetitivos, realizando sus propuestas y adjudicándose bloques de la banda 700 de un modo transparente.

COMENTARIOS FINALES

El fallo dictado por la Corte Suprema es preocupante. Primero, porque compartiendo el criterio adoptado por el TDLC, no puede sostenerse que el límite de 60 MHz impuesto a raíz de una consulta específica tenga efectos generales o sea un antecedente lógico que deba ser respetado por todos los posibles operadores interesados en las distintas bandas, como lo considera la Corte. Dicho antecedente ni siquiera fue incorporado como límite en las bases de licitación. Así, la Corte se atribuye facultades normativas y regulatorias que no tiene.

Por otro lado, resulta de la mayor gravedad que con dicho criterio se ordene a las demandadas a desprenderse del espectro radioeléctrico en exceso de ese límite, ya adquirido válidamente en un concurso público y cuyas bases no admitieron reparos por parte de la Fiscalía Nacional Económica, pues ello atenta contra la certeza jurídica y los derechos incorporados al patrimonio de los operadores.

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1359 - 1
13 de julio de 2018
ISSN 0717-1528

Finalmente, y aun cuando esta sentencia no debiera constituir precedente dado que su fundamentación jurídica es exigua y difícilmente aplicable a otros casos, de todas formas resulta preocupante. Lo anterior, pues puede inducir a mayores litigios en la materia, tanto en éste como en otro mercados que operan a través del mecanismo de licitaciones y concesiones, y por el impacto que puede producir en términos de incentivos a la inversión de los actores involucrados dada la incertidumbre jurídica que ella genera en materia de respeto a los contratos válidamente celebrados con el Estado y al derecho de propiedad consagrado en la Constitución. El liderazgo que Chile tiene en la región en materia de telecomunicaciones se debe a inversiones que requieren un marco institucional dotado de certeza jurídica que se rompe con este tipo de decisiones.

[i] Ovalle, José Ignacio. Apuntes sobre Derecho de las Telecomunicaciones. (Santiago, 2014).

[ii] Rojas, Ximena. "Espectro radioeléctrico, su regulación, problemática y desafíos en un entorno convergente." (Revista Chilena de Derecho Informático N° 7-2005, p.142.).

[iii] Palma, Catalina. "La regulación del espectro radioeléctrico." Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, U. de Chile, 2015, p. 15. En Chile las bandas de frecuencia están definidas en el DS Nº 127, de 6/03/2006, del MTT, que aprueba el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico. Según la normativa, el espectro radioeléctrico se subdivide en 9 bandas de frecuencias, que se designan por números enteros, en orden creciente, de acuerdo a una tabla (desde los 3 KHz a los 3.000 GHz).

[iv] Artículo 2º de la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones.

[v] Artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.

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

[vii] Confirma lo anterior, el Oficio Ordinario Nº 1283 de la SUBTEL, de 17 de febrero de 2014, donde consta que dicho organismo también considera que el límite de 60 MHz fue aplicable sólo a los concursos en que se impusieron. En dicho oficio, se sostuvo que el límite de 60 MHz "*se refería exclusivamente y agotó sus efectos en el proceso concursal específico que concluyó con la adjudicación de las respectivas concesiones de telefonía móvil digital avanzada a las entonces Centennial Cayman Corp. Chile S.A. y VTR Móvil S.A., no encontrándose vigente en la actualidad dicha restricción".*

[viii] La Corte declaró que en el evento que la SUBTEL estime necesaria la revisión del límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador, deberá iniciar un proceso de consulta ante el TDLC.

[ix] Resolución Nº 584, de la Comisión Resolutiva (100 MHz); Resolución 2/2005 del TDLC (60 MHz); y sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 4797 (60 MHz).