

Corte Suprema y límites al espectro radioeléctrico: una atribución indebida

Tribunal	Corte Suprema
Rol	73923/2016
Fecha	25 de junio de 2018
Materia	Derecho Económico
Submateria	Derecho a la competencia
Procedimiento	Recurso de Reclamación
Hechos	<p>En marzo de 2014, CONADECUS presentó una demanda contra Movistar, Claro y Entel ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en Chile. La demanda alega que estas compañías infringieron la Ley Antimonopolio (Decreto Ley 211) al participar en el Concurso 700 MHz convocado por la SUBTEL, superando los límites de espectro radioeléctrico permitidos y acaparando este recurso. CONADECUS argumenta que las compañías, siendo "superdominantes", debieron haberse abstenido de participar en el concurso debido a un "especial deber de cuidado". En septiembre de 2016 el TDLC rechazó la demanda de CONADECUS, frente a lo cual se presentó un recurso de reclamación por parte de la organización.</p>
Tema central discutido	¿Es contrario a la ley que una empresa de telecomunicaciones adquiera más espectro radioeléctrico del que está permitido por la legislación o jurisprudencia vigente en Chile?
Considerandos relevantes	<p>DÉCIMO TERCERO: (...) 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.</p> <p>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. (...)</p> <p>DÉCIMO CUARTO: (...) 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,</p>

	<p>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.</p> <p>DÉCIMO SEXTO: (...) 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. (...)</p> <p>DÉCIMO SÉPTIMO: (...) 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.</p>			
<p>Decisión</p>	<p>Acogido</p>			
<p>Voto en contra de Ministros Sra. Sandoval y Sr. Aránguiz</p>	<p>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 (...)</p> <p>3).- (...) 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.</p>			
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="201 1472 479 1570"> <p>Resumen del comentario</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 1570 479 1661"> <p>María del Pilar Hazbun Zuloaga</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 1661 479 1759"> <p>Sentencias Destacadas 2018</p> </td> </tr> </table>	<p>Resumen del comentario</p>	<p>María del Pilar Hazbun Zuloaga</p>	<p>Sentencias Destacadas 2018</p>	<p>El presente comentario efectúa un análisis crítico de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema que, en una decisión dividida, acogió la reclamación deducida por CONADECUS en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acogiendo en definitiva, la demanda interpuesta en contra de las compañías Claro, Movistar y Entel. (Causa Rol Ingreso Corte No 73.923-2016, 25 de junio de 2018). El fallo declara, entre otras cosas, que las demandadas habrían incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación del concurso público de la banda 700 MHz, sin respetar el límite de 60 MHz que, conforme a la Corte Suprema, se encontraría impuesto como máximo para cada incumbente en el mercado de servicios avanzados de comunicaciones móviles. Así, el fallo ordena a las demandadas desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en dicho concurso, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada.</p>
<p>Resumen del comentario</p>				
<p>María del Pilar Hazbun Zuloaga</p>				
<p>Sentencias Destacadas 2018</p>				

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