

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**SENTENCIA N° 154/2016**

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 3° 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 Excma. 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**1.6.** 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 N°s 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 N°s 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)

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 3° 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 excluyente, 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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 considerársele 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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; (ii) 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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)

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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*”; (ii) 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 (ii) a fojas 562, el señor Roberto Von Bennewitz (la transcripción de su declaración rola a fojas 578).

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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., Telestar 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,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 Excma. 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 Excma. 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;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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 demandadas 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 N°s 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 absolución de posiciones cuya transcripción 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

(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 participación 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 consideración 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 participación de Will S.A. en este concurso no fue una decisión adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Entel, del que forma parte, por lo que la excepción específica de falta de legitimación pasiva respecto de esta parte será rechazada;

**Decimoquinto.** Que, en relación con la excepción interpuesta por Claro, en el mismo oficio señalado en la consideración 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 absolucón de posiciones del representante de Claro, cuya transcripción 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 restricción 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 presentación 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 planificación, inteligencia de mercado y política de precios de Claro– señaló que *“Subtel llamó a concurso para asignación de la Banda 700, nosotros compramos las bases, estudiamos y generamos los sobres con la postulación”* y que *“Claro, entendido como la Compañía... Que yo sepa nunca dudó en la postulación. Sí se consultó con México si es que era... O sea, hasta donde podíamos llegar en términos del monto de subasta”*, según consta a fojas 730 y 737, respectivamente;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Decimosexto.** Que, al igual que en el caso de Entel, se desprende de las declaraciones citadas en la consideración 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 participación de Claro Servicios Empresariales S.A. en el Concurso 700 MHz no fue una decisión adoptada como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial de Claro del que forma parte, por lo que esta excepción específica de falta de legitimación pasiva también será rechazada;

**Decimoséptimo.** Que, en lo que respecta ahora a la excepción 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 acción 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;

**Decimooctavo.** Que, al igual que la legitimación procesal, la institución del litisconsorcio necesario no está regulada expresamente en la legislación, sino que su definición 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*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*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 Ilma. 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;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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 móvil*”, que además tendría un mercado conexo, el de los “*terminales telefónicos móviles*”, (fojas 31), Telefónica y Entel lo definen como el “*mercado móvil*” (fojas 135 y 354, respectivamente) y Claro señala que serían mercados relevantes los de “*transmisión de voz móvil*” y “*transmisión de datos o banda ancha móvil*” (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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 N°s 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 N<sup>os</sup> 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<sup>o</sup> 1 siguiente, cuestión que no ha sido controvertida en autos;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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 acompañado 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,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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](http://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 N°s 153/2016 y 104/2010). Sin embargo, para obtener dicho acceso en el mercado minorista no es necesario adjudicarse una o más

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 operar en 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

espectro deben ser consideradas en esta sede (véase, por ejemplo, Resoluciones N<sup>os</sup> 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 aumentar la 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 Resolutiva, 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*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 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*”. 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 German 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**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 avanzar en 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 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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 Bennewitz 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 Áviles 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 A y 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*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 análoga”. 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. Áviles Soto señaló –según consta a fojas 671– que *“este [sic] es una banda nueva que es para permitir que las compañías obtengan señales in-door ya 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 comercialmente 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*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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; 18º N° 1); 20º; 22º, inciso final; y, 29º 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 170º 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 C N° 275-14

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 79º del Código Orgánico de Tribunales y 169º del Código de Procedimiento Civil, el Sr. Tomás Menchaca Olivares. No firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo de la sentencia, la Ministra Sra. Domper, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.