

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, catorce de noviembre de dos mil dieciocho.

Se resuelve lo pendiente de las presentaciones de fojas 121, 147, 226 y 433:

VISTOS:

1. Que a fojas 1 la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, Conadecus, solicitó el cumplimiento incidental de la sentencia dictada en autos por la Excma. Corte Suprema con fecha 25 de junio de 2018 (“Sentencia”);
2. Que a fojas 121 Claro Chile S.A. (“Claro”), solicitó que se rechace el cumplimiento incidental solicitado, oponiendo para ello las excepciones de falta de oportunidad en la ejecución de la Sentencia y de imposibilidad absoluta y actual para ejecutar las medidas ordenadas en la Sentencia;
3. La excepción de falta de oportunidad en la ejecución de la Sentencia la fundamentó en que la enajenación de espectro ordenada en la Sentencia no le es inmediatamente exigible, ya que ésta que se encuentra condicionada a: (i) que la Subtel adopte las medidas necesarias para llevar a cabo dicha enajenación; y (ii) que este Tribunal resuelva la consulta presentada por la Subtel para la revisión del límite máximo de espectro aplicable a cada operador (la “Consulta”);
4. La excepción de imposibilidad absoluta y actual para ejecutar las medidas ordenadas la fundó en que la legislación vigente no permitiría efectuar enajenaciones parciales de espectro radioeléctrico. Indica que esta imposibilidad habría sido reconocida por la Fiscalía Nacional Económica, en la solicitud efectuada a este Tribunal en el procedimiento Rol ERN N° 21-2014 para que se recomiende la modificación del actual artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”) en orden a permitir transacciones totales o parciales de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico. Añade que en dicho procedimiento la Subtel habría indicado que las empresas no están autorizadas para enajenar parte del espectro. Indica también que el Tribunal habría acogido la solicitud de la FNE en la Proposición N°16/2015, en razón de lo cual el ejecutivo habría enviado un proyecto de ley en los términos señalados por este Tribunal, el que aún se encontraría en tramitación;
5. Claro también fundó la excepción de imposibilidad absoluta y actual para ejecutar lo ordenado en la Sentencia en que la orden de enajenar incluiría bandas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto de las cuales Claro no es titular sino que lo sería una de las empresas que forman parte del mismo grupo empresarial de Claro;

6. Que a fojas 147 Telefónica Móviles Chile S.A. (“Movistar”) opuso excepción de falta de oportunidad en la ejecución de la Sentencia, fundamentándola en que el cumplimiento de la obligación de desprenderse de espectro establecida en la Sentencia se encuentra condicionada al actuar de la Subtel, la que debe establecer la forma y oportunidad en la que debe cumplirse dicha obligación, lo que podría ser resuelto en la Consulta;

7. Que a fojas 226 Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (“Entel”) opuso las excepciones de falta de oportunidad en la ejecución de la Sentencia y de imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida. En relación con la primera, indicó que es inoportuno exigir el desprendimiento de espectro ordenado en la Sentencia antes que se conozca el resultado de la Consulta y antes de que la Subtel defina las medidas que deben tomarse a efectos de cumplir lo dispuesto en la Sentencia. Añade que exigir su cumplimiento inmediato afecta el derecho de Entel de elegir la banda respecto de la cual dará cumplimiento a la Obligación;

8. Entel señaló también que es jurídica y materialmente imposible cumplir con la enajenación ordenada en la Sentencia, ya que la legislación vigente no permite la enajenación de *porciones de espectro* y no existen operadores de telefonía móvil que sean capaces de adquirir el espectro que se debe enajenar. Añade que esta imposibilidad sería conocida por la FNE y por este Tribunal, en virtud de lo resuelto respecto del expediente Rol ERN N° 21-2014;

9. A fojas 242 se confirió traslado a Conadecus de las oposiciones presentadas por Claro, Movistar y Entel, el que fue evacuado a fojas 267. Al respecto Conadecus señaló que la Sentencia no condicionó la obligación establecida para Entel, Claro y Movistar a ninguna actuación previa de la Subtel. Agrega que lo anterior se condice con la respuesta entregada por la Subtel que rola a fojas 49. En relación con la imposibilidad de dar cumplimiento a lo ordenado, señaló que cuando Movistar se vio obligada a desprenderse de 25 MHz de la banda de 850, en virtud de lo dispuesto en la Resolución N° 2/2005, lo pudo llevar a efecto en un breve plazo;

10. Por último, a fojas 443, Claro acompañó una opinión legal titulada “*Falta de oportunidad de ejecución de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 73.923-2016, de 25 de junio de 2018*” elaborada por Antonio Bascuñán Rodríguez;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que la Sentencia dispone en su parte resolutive:

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

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

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

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

Segundo: Que la obligación cuyo cumplimiento se persigue en este procedimiento ejecutivo es aquella indicada en el resuelto segundo de la Sentencia, la que se traduce en una obligación de Claro y Movistar de desprenderse de 20 MHz y de Entel de desprenderse de 30 MHz, pudiendo todas ellas elegir la banda específica objeto de la enajenación (la “Obligación”);

Tercero: Que se han presentado dos oposiciones a la solicitud de dar cumplimiento incidental a lo dispuesto en el resuelto segundo de la Sentencia: (i) la oposición por imposibilidad absoluta en el cumplimiento de lo ordenado, por Claro y Entel; y (ii) la oposición por falta de oportunidad en el cumplimiento de la Obligación, por Claro, Entel y Movistar;

Cuarto: Que las oposiciones por imposibilidad absoluta en el cumplimiento de lo ordenado se fundamentan en que la legislación vigente no permitiría efectuar enajenaciones parciales de espectro radioeléctrico, tal como lo habrían resuelto la FNE, el TDLC y la Subtel, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 21 inciso segundo de la LGT que dispone que *“en caso de transferencia, cesión,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos, se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada.”;

Quinto: Que, sin embargo, lo anterior no es correcto, por cuanto, en el expediente de recomendación normativa N° 21-2014, este Tribunal sólo concluyó que es discutible que la redacción actual del artículo 21 de la LGT permita las transferencias parciales de espectro (párrafo 66), por lo cual propuso hacer cambios al referido artículo 21 de la LGT, con el objeto de permitir el desarrollo de un mercado secundario de espectro radioeléctrico;

Sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, el hecho que aún no se haya implementado el cambio legal recomendado no impide a las condenadas en autos dar cumplimiento por otras vías a lo dispuesto en el resuelto segundo de la Sentencia. Esto se ve reforzado no sólo porque Movistar no hizo valer esta oposición, sino por cuanto, en su presentación de fojas 147, indicó expresamente que se encuentra llana a cumplir con lo ordenado en ella;

Séptimo: Que lo señalado por Claro en su presentación de fojas 121, respecto a que la empresa condenada no sería titular de todas las concesiones de su grupo empresarial y, por lo mismo, no podría cumplir lo ordenado, no es atendible, toda vez que la Obligación supone que será cumplida por el grupo Claro y no sólo por Claro Chile S.A., tal como se desprende de la propia Sentencia, especialmente de lo expuesto en sus considerandos décimo y décimo tercero;

Octavo: Que, por consiguiente, se rechazarán las oposiciones por imposibilidad absoluta en el cumplimiento de lo ordenado presentadas por Claro y Entel;

Noveno: Que las oposiciones por falta de oportunidad en el cumplimiento de la Obligación se fundan en que éste se encontraría condicionado a las actuaciones ordenadas a la Subtel por la Excma. Corte Suprema en los resueltos tercero y cuarto de la Sentencia;

Décimo: Que, sin embargo, la orden de desprenderse de la misma cantidad de espectro que fue adquirida en el concurso de la banda de 700 MHz no está sujeto a condiciones. Por una parte, su cumplimiento no depende de la opción que ejerza la Subtel respecto de la revisión del límite máximo de espectro para los operadores, establecida en el resuelto cuarto de la Sentencia. Por otra, en cuanto al resuelto tercero, consta a fojas 49 de autos que la Subtel ya ha realizado acciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendientes a llevar a cabo el cumplimiento de la Obligación, por lo que no es inoportuno solicitar su cumplimiento incidental;

Undécimo: Que, en mérito de lo antes expuesto, se rechazarán las oposiciones por falta de oportunidad en la ejecución de la Sentencia presentadas por Claro, Movistar y Entel;

SE RESUELVE

Rechazar las oposiciones presentadas por Claro, Movistar y Entel a fojas 121, 147 y 226.

Notifíquese por el estado diario.

Rol C N° 275-14. Cuaderno de cumplimiento incidental.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.