

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°34 - JUNIO 2023

**LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA ANTE
EL RECURSO DE HECHO WOM A
PROPÓSITO DE LA CONSULTA DE
MOVISTAR SOBRE LAS RESOLUCIONES
EXENTAS N° 1953 Y N°1289 DE LA SUBTEL**



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

La decisión de la Corte Suprema ante el recurso de hecho WOM a propósito de la consulta de Movistar sobre las resoluciones exentas N° 1953 y N°1289 de la Subtel

1. RESUMEN DEL CASO.

El 31 de agosto de 2020 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o el “Tribunal”) dictó la Resolución N°62/2020, por medio de la cual dio término a la consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y Telefónica Chile S.A (ambas en conjunto “Movistar”) relativa a la adecuación a la normativa de libre competencia de la ejecución de las resoluciones exentas N°1953 y N°1289, dictadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel” o la “Subsecretaría”) respecto del uso y goce de la banda de frecuencias 3.400- 3.600 MHz.

Posteriormente, y en virtud de un recurso de aclaración, rectificación y enmienda de la Subsecretaría (“ARE”) y un recurso de reposición, la Resolución fue aclarada, permitiendo a la Subtel modificar, a petición de un adjudicatario de concesiones de espectro radioeléctrico, el uso que este último le puede dar a su concesión, sin necesidad de un nuevo concurso público.

Ante dicha situación WOM S.A. (“WOM”) interpuso un recurso de reclamación, solicitando que la aclaración fuese dejada sin efecto. El TDLC decidió declarar improcedente (no fue elevada a la Corte Suprema para su conocimiento) la reclamación de WOM. Esta última decisión del TDLC fue objeto de un recurso de hecho por parte de WOM (el “Recurso”), el cual fue acogido por la Corte Suprema el 1 de junio de 2023.

2. DESARROLLO DEL CASO.

A. Antecedentes: La consulta de Movistar y la decisión del TDLC.

El 20 de noviembre de 2018 Movistar presentó una consulta al TDLC que dio origen a los autos rol NC-449-2018. La consulta tenía por objeto que dicho tribunal se pronunciara, acerca de si la ejecución de las Resoluciones Exentas N°1.289/2018 y N°1.953/2018 dictadas por la Subtel respecto de las concesiones otorgadas en la banda de frecuencia 3.400-3.600 MHz (“Banda 3.5”), podría infringir la libre competencia y, de proceder, fijara las condiciones que aseguraran su resguardo.

En virtud de la relevancia de la consulta de Movistar, durante el procedimiento se sumaron como intervinientes una serie de actores del mercado de las

telecomunicaciones tales como Entel PCS Telecomunicaciones S.A., Entel Telefonía Local S.A. (“Entel”), Claro Comunicaciones S.A. (“Claro”), VTR Comunicaciones SpA, Sociedad Falabella Móvil SpA, WOM S.A., e incluso la misma Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

La consulta fue resuelta el 31 de agosto de 2020, por medio de la Resolución N°62/2020, en la cual el TDLC señaló expresamente que “[l]a ejecución de las Resoluciones Exentas N°1.289/2018 y N°1.953/2018, dictadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones respecto del uso y goce de la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz, **no infringe la normativa de libre competencia en la medida que se interprete que el regulador no puede eximir a los actuales concesionarios de dicha banda de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles**”¹.

Como es bien conocido en esta industria, dentro del “espectro medio” o “banda media” se encuentra la Banda 3,5 Ghz, que incluye todo el rango de frecuencias entre 3.400-3.600 MHz. Este espectro es uno de los más atractivos para los agentes económicos del mercado de las telecomunicaciones, ya que tiene una de las mejores coberturas en sectores urbanos, además de representar el mayor ecosistema de dispositivos comerciales, convirtiéndolo en “lo más cercano a una banda globalmente armonizada, la cual se espera libere todo el potencial del 5G en América Latina en los próximos años”².

Así las cosas, la Resolución N°62/2020 del Tribunal fue una decisión de suma importancia, sobre todo teniendo en consideración que la forma de distribución del espectro radioeléctrico es un tema que ha causado varios debates en sede de libre competencia durante los últimos años.

Cabe mencionar que Entel y Claro son concesionarios de dicha banda, ya que, en los años 2001 y 2006 respectivamente, se adjudicaron cada uno, a costo cero, concesiones sobre 50 MHz de espectro radioeléctrico en la Banda 3.5 para servicios fijos (que se distinguen de los servicios móviles) de telecomunicaciones.

Por otro lado, en febrero del año 2022, Entel, Movistar y WOM se adjudicaron, previo concurso público, cinco bloques de espectro radioeléctrico de 10 MHz para cada una en la banda de 3.30 a 3.40 GHz y 3.60 a 3.65 GHz para el desarrollo y prestación de servicios móviles 5G. Claro también participó en ese concurso público, pero no logró adjudicarse parte de aquella banda, quedando afuera de la posibilidad de prestar servicios móviles 5G.

¹ Resolución N°62/2020 del TDLC, resuelvo N°2.

² GSMA (2020): “5G y el Rango 3,3-3,8 GHz en América Latina”, página 3. Disponible en: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2020/11/5G-and-3.5-GHz-Range-in-Latam-Spanish.pdf>

B. El ARE de la Subtel, la aclaración del TDLC y la reclamación de WOM.

La Resolución N°62/2020 del TDLC fue dictada hace más de 2 años, y sólo fue objeto de un recurso de reclamación por parte de Movistar, quien posteriormente se desistió del mismo.

A pesar de lo anterior, y con fecha 24 de noviembre de 2022, la Subtel presentó un ARE solicitando al Tribunal *“aclarar que la Resolución N°62 no impide que esta Subsecretaría pueda otorgar a los actuales adjudicatarios de concesiones en la banda 3.400-3.600 MHz, sin necesidad de un nuevo concurso, atributos móviles sobre dichas frecuencias ya concesionadas, sujeto a condiciones y contraprestaciones equivalentes a las que habrían tenido lugar en un concurso público”*³.

En otras palabras, la Subtel solicitó al TDLC aclarar la Resolución 62/2020 para poder otorgar a los concesionarios de servicio fijo (Entel y a Claro) una serie de Mhz en la Banda 3.5 para servicios móviles, pero sin tener que someter a concurso público dicho proceso.

En un principio, la petición de aclaración fue rechazada por el TDLC. En aquella oportunidad el Tribunal señaló que la única forma de acceder a lo solicitado por la Subsecretaría era mediante una modificación de la Resolución N° 62/2020, y esto sólo se podía lograr a través de un nuevo procedimiento no contencioso de consulta.

Sin embargo, tanto la Subtel como Claro interpusieron recurso de reposición contra esta última resolución. En dichos recursos, ambas partes argumentaron que la resolución que rechazaba la ARE se entrometía en facultades exclusivas de la Subsecretaría, quien es la única competente para interpretar técnicamente disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones.

Además, la Subtel agregó que estaría habilitada legalmente para otorgar atributos móviles a concesiones de servicios fijos, y Claro -por su lado- indicó que la resolución atentaría contra la normativa de libre competencia, y modificaría lo que realmente establecía la Resolución N° 62/2020.

El TDLC, con fecha 6 de enero de 2023, acogió los recursos de reposición de la Subtel y Claro, señalando que *“se aclara que el resuelvo número 2) de la Resolución N°62 se limita a la ejecución de las Resoluciones Exentas N°1.289/2018 y N°1.953/2018, por lo cual, una vez que estas han perdido su vigencia, dicho resuelvo no restringe la facultad de la Subsecretaría de modificar concesiones vigentes en la medida en que lo permita la normativa sectorial aplicable”* (la *“Resolución Reclamada”*).

³ Escrito de la Subtel de foja 2282 en autos rol NC-449-2018, caratulados “Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz”

Ante dicha decisión WOM, interpuso un recurso de reclamación ante el Tribunal, argumentando que la Resolución Reclamada derechamente modificó el sentido y alcance de la Resolución N°62/2020, lo cual constituiría una transgresión al debido proceso.

Asimismo, en concepto de WOM, la Resolución Reclamada desconoce y contraviene: (i) el artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones, el cual establece que el tipo de servicio (fijo o móvil) es un elemento esencial de la concesión, y por tanto inmodificable; y (ii) la jurisprudencia de la Corte Suprema y del mismo TDLC en la materia. En efecto, ambos órganos jurisdiccionales han indicado que una medida esencial para promover la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones sería el concurso público.

El TDLC, por medio de resolución de fecha 19 de enero de 2023, optó por declarar improcedente el recurso de reclamación interpuesto por WOM. Como base de aquella conclusión, el Tribunal se fundó en el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, el cual dispone que el recurso de reclamación procede únicamente respecto de las resoluciones de término, y la Resolución Reclamada no tenía esa naturaleza, ya que simplemente acogió una reposición.

C. El recurso de hecho de WOM.

Ante la declaración de improcedencia, WOM interpuso un recurso de hecho ante la Corte Suprema, solicitando la admisibilidad del recurso de reclamación interpuesto ante el TDLC, dándole tramitación legal.

En su argumentación, WOM comienza afirmando que la decisión cambió abiertamente el sentido y alcance del fallo, atentando contra la interpretación literal y armónica de una serie de apartados del mismo. Indica que esta nueva interpretación carecería de toda lógica, la Resolución N°62/2020 es clara al establecer que los Concesionarios de Servicios Fijos no pueden eximirse de concurso público si su objeto es prestar servicios móviles en la Banda 3.5 Ghz. En otras palabras, por medio de la ARE se modificó una sentencia ejecutoriada.

Ahora bien, en cuanto al recurso de hecho en sí mismo, WOM indicó que la Resolución Reclamada sería una sentencia de término, de aquellas susceptibles de ser reclamadas de conformidad al mismo artículo 31 del Decreto Ley N°211. Según WOM, es un hecho no controvertido que la resolución que acogió la ARE tiene la naturaleza de “sentencia de término”, ya que, como ha señalado la Corte Suprema, lo relevante es que la sentencia en cuestión “ponga término al procedimiento, sea que fije o no condiciones”⁴.

Asimismo, argumenta que la Resolución Reclamada, al aclarar la Resolución N°62/2020, tiene la misma naturaleza y forma parte integrante de esta última (así lo habría indicado

⁴ Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de octubre de 2022 en rol 12.220-2022.

la Corte Suprema en varios casos), por lo que podría interponerse contra ella los mismos recursos que procedían contra la Resolución N°62/2020.

Además, y según señala WOM, el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil dispone que la resolución que acoge un recurso de aclaración respecto de una sentencia definitiva es siempre apelable. En este entendido la Resolución Reclamada debe ser susceptible de una revisión por un tribunal superior, lo cual en este caso se cumple por medio del recurso de reclamación.

Por último, WOM agrega que la Resolución Recurrída transgrede gravemente la garantía constitucional al debido proceso, ya que se dictó en abierta contradicción al principio de desasimio del tribunal, negando el derecho al recurso y conculcando en su esencia el principio de la igualdad ante la ley, todo lo cual constituye una denegación de justicia por parte del Tribunal.

D. La decisión y el análisis de la Corte Suprema.

La Corte Suprema resolvió con fecha 1 de junio de 2023, en rol 7895-2023, el recurso de hecho de WOM.

Comienza indicando que de acuerdo a lo establecidos en fallos anteriores en la Corte Suprema, el inciso final del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 establece una única distinción, entre las resoluciones que no son de término e informes, respecto de las cuales sólo procede el recurso de reposición; y aquellas decisiones de término, sea que fijen o no condiciones, a las que el legislador reserva el recurso de reclamación.

En consecuencia, la Corte Suprema señala que lo relevante a la hora de determinar la naturaleza de la resolución que se reclama, es que aquella ponga término al procedimiento incoado. Esto convertiría a la resolución en reclamable, puesto que a través del ejercicio de tal acción se materializa el control jurisdiccional respecto de las decisiones que son adoptadas por el TDLC.

En virtud de los derechos al recurso, al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva surgiría la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran restringir la posibilidad de una revisión por un tribunal superior.

Luego, y en base a lo dispuesto en los artículos 182 y 190 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema señala que toda resolución en la cual se efectuó rectificación, aclaración o enmienda, es apelable, siempre y cuando la sentencia a que se refiera sea apelable, y cuando la cuantía de la cosa declarada, agregada o rectificadas admita el recurso de apelación.

En este mismo sentido, la Resolución Reclamada, independientemente de si alteró en lo sustancial el sentido y alcance del referido fallo, compartía la misma naturaleza

jurídica de la Resolución N°62/2020 (sentencia de término), desde que lo que buscaba, tal como se desprende de la ARE, era esclarecer un concepto oscuro o suplir alguna omisión, o bien rectificar errores materiales manifiestos, a fin de darles el alcance que realmente tienen.

En virtud de todo lo anterior **la Corte Suprema acoge el recurso de hecho interpuesto por WOM, y declara que el TDLC debió conceder el recurso de reclamación “porque la naturaleza jurídica de resolución aclaratoria, es también la de una sentencia de término, impugnabile, en este caso a través del recurso de reclamación, lo contrario supone restringir el derecho al recurso y como corolario la garantía del debido proceso”⁵.**

Esta sentencia presenta un voto de la Abogada Integrante Sra. María Angélica Benavides Casals, quien fue del parecer de rechazar el recurso de hecho WOM señalando que no debe atenderse al contenido de fondo como criterio para definir los recursos procedentes contra una resolución, y que el TDLC al momento de resolver el recurso de reposición y acoger el ARE, solamente precisó lo resuelto en la Resolución N°62/2020, únicamente circunscribiendo y subrayando las prerrogativas y potestades que a la Subtel le corresponden por ley. Así las cosas, la Resolución Reclamada no comparte las características de una resolución de término, y por tanto no procedería reclamación contra ella.

⁵ Corte Suprema, sentencia de fecha 1 de junio de 2023, en rol 7895-2023.

3. FICHA JURISPRUDENCIAL

Tribunales	Excelentísima Corte Suprema
Tipo de acción	Recurso de hecho.
Partes	Recurrente: WOM S.A. Recurrido: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
Número de sentencia	N/A
Expediente	Rol de ingreso N° 7.895-2023 (Corte Suprema)
Fecha de la sentencia	1 de junio de 2023
Resultados	Se acoge recurso de hecho interpuesto por WOM S.A.
Hechos	<ul style="list-style-type: none"> - TDLC dictó Resolución N°62/2020 exigiendo concurso público para concesión de banda 3.5 Ghz en servicios móviles - Subtel interpone recurso de aclaración, rectificación o enmienda, solicitando al TDLC que aclare la Resolución N°62/2020, en el sentido de que no sería necesario aquel concurso público para aquellos concesionarios que ya tienen adjudicada la banda 3.5 Ghz para servicios fijos. - El TDLC accedió a aquella aclaración. - WOM interpone recurso de reclamación ante la aclaración, y el TDLC lo rechaza por improcedente. - WOM interpone recurso de hecho ante la Corte Suprema, la cual lo acoge, estableciendo como procedente el recurso de reclamación en este caso.
Mercado relevante	Mercado de las telecomunicaciones, concesión de espectro radioeléctrico en la Banda 3.5 Ghz.

INFORMACIÓN DE LA AUTORA



Catalina Comandari

- Ayudante junior.
- Asociada año 2 equipo libre competencia PPU.

MÁS SOBRE
LA AUTORA

CONTACTO



Catalina.comandari
@ppulegal.com



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



Cristóbal Ureta Soubllette

- Coordinador equipo junior.
- Abogado asociado en Carey y Cia (actualmente en litigos y arbitrajes, anteriormente en libre competencia).

**MÁS SOBRE
EL AUTOR**

CONTACTO

 cureta@carey.cl

