

Santiago, veinte de abril de dos mil dieciséis.

Vistos:

Que en esta causa Rol N° 11.363-2015 se trajeron los autos en relación para conocer del recurso de reclamación interpuesto por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile -Conadecus- en contra de la sentencia de veinticuatro de julio de dos mil quince dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la que se rechazó la demanda que dedujo respecto de Movistar S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS S.A., al concluir que la actora no tiene legitimación activa para presentar una demanda por actos exclusorios, esto es, iniciar un procedimiento contencioso por un eventual acaparamiento del espectro radioeléctrico por parte de las demandadas.

Estos autos se iniciaron por demanda presentada por la referida asociación de consumidores con fecha 16 de marzo de 2014, en la que les imputa a las referidas empresas de telefonía móvil haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al participar en el concurso que convocó la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) para otorgar concesiones en la banda de 700 MHz, aduciendo que habían excedido los límites de espectro radioeléctrico que puede disponer lícitamente un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, acaparando dicho insumo y poniendo en peligro su uso efectivo y eficiente.

Expone que a fines del año 2013 la Subtel licitó concesiones de servicio público de transmisión de datos en la frecuencia o banda de 700 MHz. Hace presente que la Corte Suprema por sentencia de 27 de enero de 2009, había dispuesto un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que puede tener cada operador de telefonía móvil, y que si bien dicho límite no se señaló en las bases del referido concurso, a juicio de Conadecus, las demandadas, en su carácter de empresas superdominantes, tienen un especial deber de cuidado, por lo que debieron haber respetado dicho límite.

Hace presente que el mercado relevante de autos está constituido por los principales servicios de telefonía móvil, que incluyen prestaciones de voz, acceso móvil a Internet y servicios complementarios como SMS, siendo el principal insumo en el referido mercado el acceso al espectro radioeléctrico.

En lo concerniente al interés legítimo de Conadecus para deducir esta demanda, explica que de conformidad a sus estatutos, su objetivo es proteger, informar y educar a los consumidores, así como asumir su representación y la defensa de sus derechos. Añade que según lo dispuesto en el artículo 8° de la N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores -"Ley del Consumidor"-, las asociaciones de consumidores pueden representar a sus miembros en causas no circunscritas a dicha ley.

Expresa, a continuación, que los principales efectos adversos derivados de la supuesta conducta de acaparamiento serían, en primer lugar, que los consumidores chilenos pagarían más por los servicios de telecomunicaciones móviles que en otros países; en segundo lugar, que los consumidores chilenos recibirían servicios de menor calidad, en relación a otros países; y finalmente, que los consumidores de prepago pagarían tarifas hasta veinte veces más altas que las aplicables a clientes de tipo corporativo.

En la parte petitoria de su libelo, Conadecus solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

1.- Declarar que las demandadas han infringido el artículo 3° del Decreto Ley 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;

2.- 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;

3.- 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 Corte Suprema, o al que disponga el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un proceso no contencioso;

4.- 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,

5.- Sancionar a cada una de las demandadas con una multa a beneficio fiscal ascendente a 20.000 unidades tributarias anuales, por la gravedad de los hechos denunciados.

Al contestar, las mencionadas empresas de telefonía móvil opusieron, en lo pertinente al recurso de reclamación, la falta de legitimación activa de Conadecus. Sostienen, en síntesis, que la legitimación es un presupuesto de la acción sin el cual no es procedente acoger una demanda, de manera que para que una pretensión pueda ser admitida, ésta debe ser ejercida por quien tiene la titularidad del derecho o representación que invoca. En este sentido, señalan que dado que el Decreto Ley N° 211 no confiere acción popular, Conadecus no tendría la calidad de parte.

Destacan que la representación del interés general de la colectividad sería privativa de la Fiscalía Nacional Económica. Al efecto, cita la sentencia N° 98/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que estableció que pueden ser parte los sujetos pasivos inmediatos de la conducta eventualmente ilícita, situación que no se daría con Conadecus, quien invoca un espíritu de defensa de libre

competencia y el supuesto interés de consumidores finales, en circunstancias que el límite de tenencia de espectro sólo favorecería a potenciales competidores o entrantes. Concluye entonces que en la demanda no habría claridad sobre la persona que resulta ofendida por la conducta que se imputa.

En este orden de ideas, señalan que Conadecus no tendría facultades para representar el interés de competidores actuales o potenciales. Estiman que del tenor de la demanda, pareciera que el interés que invoca la actora es el de los competidores supuestamente bloqueados o cuyo ingreso habría sido retardado, por consiguiente, de ser cierto ese planteamiento, sólo esos potenciales entrantes y la Fiscalía Nacional Económica podrían interponer la demanda de autos.

Por sentencia de veinticuatro de julio de dos mil quince, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronunciándose acerca de la falta de legitimación activa de Conadecus, consignó, en primer término, que dicho tribunal ha señalado en diversas sentencias que en los procesos contenciosos la legitimación activa por infracción a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, debe relacionarse con el objeto de tales litigios, es decir, con la sanción, corrección, prohibición o prevención de atentados a la libre competencia. Así, la acción que moviliza a esta jurisdicción busca, en consecuencia, satisfacer un interés de carácter público y no reconocer derechos subjetivos o individuales. Por tanto, debido al interés público que subyace en los

procesos de libre competencia, existe un servicio público que representa el interés general de la colectividad en el orden económico, como es la Fiscalía Nacional Económica (artículo 39 letra b) del D.L. N° 211), a la cual la ley le ha asignado la función de defender y promover la libre competencia en los mercados, y dentro de sus atribuciones, se encuentran precisamente las de actuar como parte representando dicho interés general ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Sin perjuicio de lo expresado, precisa que el Decreto Ley N° 211 no ha conferido el monopolio de la acción en los procedimientos contenciosos a la Fiscalía Nacional Económica, puesto que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 inciso segundo del citado cuerpo legal, este tipo de procedimientos no sólo se puede iniciar por requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, sino que además por demanda de algún particular.

En este orden de consideraciones, señala que la pregunta que cabe hacerse es si el particular que acciona ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede hacerlo en defensa del interés general que va envuelto en todo proceso de libre competencia, o debe exigírsele algún interés distinto del interés público que la Fiscalía Nacional Económica debe representar.

A ese respecto, expresan los sentenciadores, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia ha sido clara en responder que sólo la Fiscalía Nacional Económica tiene la representación del interés público en materia de libre competencia y, en consecuencia, los particulares que demandan en esta sede deben tener un interés legítimo distinto de tal interés general. En otras palabras, manifiestan que la acción contemplada en el número 1) del artículo 18 del Decreto Ley N° 211 no es una acción popular.

Ponen de manifiesto que ese interés legítimo que debe tener el particular que presenta una demanda también ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, expresándose en diversas sentencias que la demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al Decreto Ley N° 211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el mercado que es afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico.

A su turno, prosiguen los sentenciadores, Conadecus, en su calidad de asociación de consumidores, no tiene la calidad de sujeto pasivo inmediato que participa actual o potencialmente en los mercados, por lo que, en principio, carecería de un interés legítimo para accionar en esta sede. No tendría lo que en doctrina se denomina legitimación activa ordinaria para actuar, esto es, aquella que le corresponde al titular de la situación jurídica sustancial que se deduce

en juicio. Sin embargo, indican que también se encuentran legitimados para accionar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aquellos que en virtud de una ley pueden ejercer la acción en nombre de los agentes económicos que participen actual o potencialmente en el mercado que es afectado por la presunta conducta anticompetitiva. Vale decir, aquellos que pueden tener una legitimidad activa extraordinaria.

En el caso de las asociaciones de consumidores, la Ley del Consumidor les ha conferido esa legitimación activa extraordinaria en el artículo 8° letra e), al señalar que una de sus funciones es la de "representar tanto el interés individual, el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan".

Hechas esas precisiones, el fallo se aboca a determinar si el interés individual, colectivo y difuso de los consumidores que Conadecus representa, constituye además un interés legítimo para accionar en esta sede en materia contenciosa. Para tales efectos, apunta la sentencia, se debe dilucidar si los consumidores tienen esa calidad de sujeto pasivo inmediato de las conductas denunciadas, vale decir, la participación de las demandadas en el concurso público llamado por la Subtel para licitar la banda de 700 MHz, lo que a juicio de la demandante implicaría exceder los límites

de espectro que cada operador puede disponer lícitamente, acaparándolo y poner en peligro su uso efectivo y eficiente.

Exponen los magistrados que el acaparar un insumo es una conducta que en el derecho de la competencia puede constituir un acto exclusorio por medio del cual un agente económico persigue obtener un recurso esencial y escaso en cantidades superiores a las que realmente necesita para competir, con el solo objeto de impedir u obstaculizar la participación de sus competidores -actuales o potenciales- en el respectivo mercado. Por lo anterior, en el caso de autos los sujetos pasivos inmediatos de las conductas denunciadas son todas las empresas que necesitan espectro de la banda de 700 MHz para poder competir y que, eventualmente, no podrán hacerlo o hacerlo en peores condiciones como consecuencia de la participación de las demandadas en el referido concurso público. Bajo esa óptica, indican que cualquier empresa de telefonía móvil, con red o virtual, tiene legitimación activa para accionar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Puntualizan que si bien es cierto que los consumidores son agentes económicos que participan en el mercado de la telefonía móvil, no son los sujetos pasivos inmediatos de las conductas denunciadas. Los destinatarios directos de las eventuales conductas anticompetitivas de Movistar, Entel y Claro serían las empresas que compitan o pretendan competir con ellas, las que no tendrían acceso al espectro o lo

tendrían en una cantidad insuficiente. Así, en los actos exclusorios, como el acaparamiento, los afectados directos son los competidores actuales o potenciales del acaparador.

Por consiguiente, a juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Conadecus no tiene legitimación activa para presentar una demanda por actos exclusorios, pues no ha explicado cómo el interés individual, colectivo o difuso de los consumidores podría verse afectado inmediata y directamente por dicha conducta; y configurando la falta de legitimación activa una excepción perentoria de consideración previa respecto de todo otro análisis relativo a aspectos sustanciales de la controversia, estima el tribunal innecesario e improcedente pronunciarse sobre las demás excepciones y defensas.

En contra de esta determinación, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile interpuso recurso de reclamación. En él, reprocha que el fallo no atienda que los principales afectados por la falta de competencia en cualquier mercado, 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.

Asimismo, acusa que la sentencia resulta contradictoria con una resolución anterior del mismo tribunal que obligó a Conadecus a iniciar el presente juicio. Expone que intentó iniciar un procedimiento no contencioso mediante una consulta

formulada en el mes de enero del año 2014, con el objeto de que se analizaran aspectos del concurso público convocado por la Subtel para otorgar concesiones en la banda de 700 MHz que podrían ser contrarios a la libre competencia. Ante dicha presentación, la decisión del Tribunal fue no admitirla a tramitación porque contenía alegaciones y peticiones de naturaleza tal que sólo podían ser conocidas y eventualmente resueltas en un procedimiento contencioso.

Considerando:

Primero: Que el asunto sometido a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a través de la demanda deducida por Conadecus en contra de Movistar, Claro y Entel, consiste en haber participado dichas empresas de telefonía móvil en el concurso para asignar la banda de 700 MHz, excediendo los límites de espectro radioeléctrico de que lícitamente podría disponer un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles, acaparando dicho recurso y poniendo en peligro el uso efectivo y eficiente de tal insumo, así como la necesaria homogeneidad en su distribución, todo ello con el propósito de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en ese mercado al bloquear o retardar el ingreso de nuevos competidores, afectando con ello a los usuarios de los servicios de telefonía móvil.

Segundo: Que la sentencia impugnada resolvió rechazar la demanda, porque Conadecus no tendría legitimación activa

para iniciar un procedimiento contencioso por actos exclusorios, fundado en que la actora no habría aportado antecedentes que demostraran que la conducta anticompetitiva imputada a las demandadas pudo razonablemente afectar el interés de los consumidores y, por consiguiente, ser considerados "sujetos pasivos inmediatos" del comportamiento contrario a la libre competencia denunciado.

Tercero: Que en la historia legislativa de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se lee lo siguiente: *"Así, en el artículo 1°, se señala cuál es el objeto de la ley y, más precisamente, con qué fin se protege la libre competencia en los mercados. Lo importante de este artículo es que se hace explícito que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores"* (Primer Trámite Constitucional, Senado, Mensaje Presidencial de 21 de mayo de 2002, Cuenta en Sesión 01, Legislatura 347, p.8).

A su vez, en lo concerniente a los propósitos fundamentales de este proyecto de ley, se dijo: "Al tenor del mensaje que le da origen, esta iniciativa de ley tiene por objetivos: (...)3) precisar que el bien jurídico protegido por las normas y organismos vinculados a la libre competencia es la defensa de ésta como un medio para asegurar el derecho a participar en los mercados y de promover la eficiencia y

el bienestar de los consumidores" (Primer Informe Comisión de Economía, Senado, de 13 de agosto de 2002, Cuenta en Sesión 22, Legislatura 347, p.38).

Cuarto: Que entre los fines que respaldan la libre competencia se mencionan, entre otros, el derecho a participar en las actividades económicas, la eficiencia y el bienestar de los consumidores, que es la razón final de la regulación económica. Esta última característica, como se advierte de los párrafos recién transcritos, estuvo particularmente presente en la discusión legislativa referida a la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Quinto: Que, por otra parte, el artículo 5° de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores dispone: "Se entenderá por Asociación de Consumidores la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés".

A su vez, el artículo 8 letra e) de la referida ley, entrega a las organizaciones constituidas conforme a dicho cuerpo normativo la función de "Representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los

consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan”.

De esta manera, tal como lo dejó establecido la sentencia que se revisa, se le reconoce a Conadecus -en su condición de Asociación de Consumidores- legitimación activa extraordinaria, puesto que la tutela que puede solicitar no está referida a derechos propios, y esta posibilidad de actuación les viene atribuida por ley expresa.

Sexto: Que habiendo quedado asentado que las asociaciones de consumidores tienen reconocida una legitimación para la defensa de los intereses generales -colectivos o difusos- de los mismos, cabe resolver si pueden revestir la calidad de parte en un asunto de libre competencia que se relaciona con la ejecución de actos exclusorios.

Séptimo: Que el literal b) del artículo 8° antes citado -cuyo actual texto fue introducido por la Ley N° 19.995 de 2004- no distingue la clase o naturaleza de las acciones o recursos que pueden ejercer estas organizaciones de usuarios ni en cuanto a la sede en que pueden ser presentados, extendiendo así la legitimación activa de estas organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores.

Octavo: Que entonces no resulta difícil afirmar que una asociación de consumidores, legalmente constituida como tal,

que tiene como objeto la defensa de los derechos de los consumidores, puede válidamente actuar en representación de éstos presentando ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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 que puede alcanzar a quienes, como consumidores, requieren dichos servicios.

Noveno: Que, en efecto, si bien la Asociación de Consumidores Conadecus no es un competidor de las demandadas, sí tiene un interés en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analice los riesgos que, para la competencia, ella vislumbra en la conducta materia de autos, cuyos efectos pueden recaer sobre los consumidores, verdaderos destinatarios de los servicios de telefonía móvil. Al respecto, es un principio procesal básico aquel que señala que sin interés no hay acción. De conformidad al artículo 8 letra e) de la Ley del Consumidor, las Asociaciones de Consumidores representan el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales, otorgándoles una representación amplia, que excede los límites formales de la Ley N° 19.496.

Décimo: Que de lo expuesto se sigue que Conadecus está revestida de la legitimación activa para deducir la demanda de autos, actuando en representación del interés de los consumidores frente a una conducta que califica de

anticompetitiva porque tendería a bloquear o retardar el ingreso de nuevos competidores en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile.

Y visto, asimismo, lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se decide que **se acoge** el recurso de reclamación deducido a fojas 1572 por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile -Conadecus- en contra de la resolución de veinticuatro de julio de dos mil quince, escrita a fojas 1539, y se ordena que vuelvan los autos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a fin de que se pronuncie sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros señora Egnem y señor Valderrama, quienes fueron de parecer de desestimar la reclamación presentada por Conadecus en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Que cabe consignar que la legitimación -activa y pasiva- es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción, es decir, una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela judicial solicitada en el proceso. Si no concurre faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial. Constituye entonces deber del tribunal determinar si concurre

o no la legitimación para impetrar la pretensión ejercida en la demanda, presupuesto procesal de fondo para obtener una sentencia favorable.

Sin perjuicio que la Ley N° 19.496 -"Ley del Consumidor"- ha conferido una legitimación activa extraordinaria a las asociaciones de consumidores para representar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, es posible cuestionar la legitimidad de Conadecus para deducir la acción de autos atendidos los términos en que ha sido planteada.

2.- Que, en efecto, en este caso concreto aparece que Conadecus carece de legitimación activa para accionar del modo en que lo ha hecho, esto es, persiguiendo en definitiva dejar sin efecto actos relacionados con la asignación o adjudicación de banda de espacio radioeléctrico con ocasión de un concurso público al que convocó la autoridad sectorial respectiva. Ello pues aun cuando una asociación de consumidores tiende a proteger intereses superiores a los meramente individuales, como son los intereses colectivos o difusos de aquéllos, no son dichas organizaciones las llamadas a obrar en el interés de otros supuestos competidores cuyos derechos habrían sufrido menoscabo, a los que no representa. En este contexto, los términos de la acción entablada dejan en evidencia que por esta vía se está también, e indirectamente, objetando las bases de la licitación.

No corresponde en consecuencia a Conadecus pedir que se deje sin efecto un concurso público de asignación de banda ni menos requerir que se ordene a determinadas empresas móviles desprenderse de bandas de frecuencia hasta alcanzar un determinado tope, argumentando un supuesto acaparamiento de espectro radioeléctrico en detrimento de competidores actuales o potenciales, circunstancia que de ser efectiva ha de ser discutida por otras empresas de telefonía móvil. Si, por otra parte, lo que se persigue es la cautela del interés general de la colectividad en el orden económico, está precisamente para esta salvaguarda la Fiscalía Nacional Económica, de conformidad al artículo 39 letra b) del Decreto Ley N° 211.

3°- Que en las condiciones anotadas, Conadecus no se encuentra facultada para ejercer la acción deducida, por no estar amparada con el reconocimiento de un derecho que legitime su pretensión, en el contexto de la norma del artículo 3° bis del Decreto Ley 211, en la forma en que lo ha hecho.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 11.363-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa

Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. Santiago, 20 de abril de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinte de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.