

## RECLAMACION

### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO**, en autos caratulados "Consulta de la SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado", Rol NC N° 198-2007, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, deduzco Recurso de Reclamación para ante la Excma. Corte Suprema en contra de la Resolución N° 27, de diecisiete de julio de 2008 que absolvió una consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, Subtel, acerca de la participación de los actuales concesionarios de telefonía móvil en el concurso público de espectro radioeléctrico para telefonía móvil digital avanzada.

Los siguientes son los fundamentos del recurso:

#### I. El Proceso y la Resolución

1. Con fecha 30 de mayo de 2007, Subtel solicitó un pronunciamiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en conformidad al artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, a fin de que ese H. Tribunal resolviera si "en el concurso público que (...) tiene proyectado realizar tan pronto cuente con el pronunciamiento solicitado, **podrán o no** participar los actuales

concesionarios de servicio público telefónico móvil, **y en el primer caso, si al efecto deben cumplir algún requisito o someterse a alguna restricción**, a la luz de las normas y principios de protección de la libre competencia.” (el destacado es nuestro).

El concurso versa sobre la asignación de 90 MHz en las bandas de 1.710-1770 MHz y 2.110-2.170 MHz.

2. A fojas 197, y complementando su consulta, Subtel manifestó la necesidad de compatibilizar las ventajas que podría conllevar la asignación de espectro radioeléctrico concursado a los actuales operadores, con las derivadas del ingreso de un eventual nuevo operador, condicionando dicha participación a la enajenación de concesiones actuales y al otorgamiento de acceso a sus instalaciones a un eventual nuevo operador.
3. A fojas 286, la misma Subtel informa que la experiencia internacional más relevante da cuenta de que con anchos de banda de entre 10 MHz y 45 MHz resulta técnica y económicamente factible prestar servicios de 3G.

Considerando este y otros datos, entre ellos, el que con las actuales concesiones de telefonía móvil que poseen los incumbentes también resulta factible, aunque incurriendo en mayores costos, prestar servicios de 3G, y que de hecho lo están haciendo, Subtel informó que resultaría procedente, para este concurso, establecer un bloque de 60 MHz (30x2 MHz) para un eventual nuevo operador y tres bloques de 10 MHz (5x2 MHz) abierto a la participación general, incluidos los actuales operadores, o bien, excluir a los actuales operadores y concursar dos bloques, uno de 40 MHz (20x2 MHz) y otro de 50 MHz (25x2 MHz).

4. Los intervinientes en el proceso se dividieron entre los que expusieron diversas razones para avalar la exclusión o limitación de los actuales operadores de telefonía móvil en este concurso por 3G y los que arguyeron en sentido contrario, particularmente los actuales operadores o empresas relacionadas.
5. A fojas 914, la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes que la llevaron a determinar dos mercados relevantes al caso, el del servicio de transmisión de voz digital móvil, incluyendo servicios de valor agregado,

como SMS y MMS, y el del servicio de transmisión de datos a alta velocidad o banda ancha móvil.

Los servicios provistos mediante las actuales redes 2G, esto es, los servicios de telefonía móvil suministrados por los operadores establecidos, y los servicios provistos mediante redes 3G forman parte de un mismo mercado relevante, y no existen sustitutos cercanos a ellos.

En cambio, los servicios de transmisión de datos sobre redes 2G no son sustitutos de los mucho más veloces servicios de banda ancha móvil, 3G, aunque existen esfuerzos tecnológicos que apuntan a ello. Tampoco la banda ancha móvil encuentra sustitutos en la banda ancha fija ni en la inalámbrica WiMax, por razones de conectividad y movilidad.

En cualquier caso, la evidencia internacional revela que la principal fuente de ingresos de los operadores de telefonía móvil es y seguirá siendo, por sobre el 85%, la transmisión de servicios de voz y no de datos.

6. La Fiscalía expuso que los únicos oferentes de servicios de transmisión de voz móvil son Movistar, con un 44% de participación de mercado (ingresos, 2006), ENTEL PCS, 42%, y Claro, 14%, lo que da cuenta de un mercado altamente concentrado, característica a la que se unen condiciones de entrada desfavorables, habida cuenta de, entre otras, una barrera infranqueable a la entrada de nuevos actores, cual es la necesidad de disponer de espectro radioeléctrico para prestar los servicios y, aún, de costos decrecientes en función de la mayor disponibilidad de este insumo esencial.

Asimismo, la Fiscalía evidenció que los servicios de banda ancha móvil son prestados, aunque todavía en forma incipiente, por los operadores con disponibilidad actual de espectro radioeléctrico, lo que implícitamente da cuenta de condiciones de entrada también determinadas por dicha disponibilidad.

7. De allí que la Fiscalía Nacional Económica concluyese en la necesidad de establecer un límite máximo de 60 MHz a la cantidad de espectro que puede asignarse a cada operador, actual o potencial, para la prestación de los servicios relevantes, a fin de reducir el riesgo de que los operadores

Por ello, la Fiscalía sugirió que, para este concurso, se limite la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador de telefonía móvil, proponiendo como límite razonable 60 MHz en total considerando todas las bandas destinadas actualmente a telefonía móvil (párrafo 72 del Informe que rola a fojas 914 y siguientes).

Asimismo, esta Fiscalía propuso, en los párrafos 74 a 76 de dicho informe, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la forma como debía hacerse efectiva dicha limitación.

Por último, este Servicio solicitó en el párrafo 77 que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableciera algunas prevenciones adicionales destinadas a fomentar la competencia de este mercado, todo ello en virtud de la facultad de ese H. Tribunal de adoptar las medidas correctivas y preventivas que el D.L. 211 le confiere en los artículos 3° inciso primero y 5°.

8. Finalmente, con fecha 17 de julio de 2008, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 27/2008, razonando, en lo medular, de un modo similar al de esta Fiscalía, esto es, estableciendo como mercados relevantes los servicios de telefonía móvil provistos mediante redes 2G y 3G y de banda ancha móvil (3G), e identificando, entre otros, como barrera a la entrada y medida de costos la disponibilidad de espectro radioeléctrico, con los consiguientes riesgos que para la competencia conlleva el acaparamiento del mismo.
9. Sin embargo, a continuación el H. Tribunal destina un apartado de sus consideraciones (N° 9, págs., 85 y ss.), a descartar, en el fondo, la medida de limitación de la cantidad de espectro asignado que propuso esta Fiscalía, arguyendo para ello, básicamente dos cosas: a) Que de acuerdo con el D.L. 211 y a la Ley General de Telecomunicaciones no es procedente excluir la participación de los actuales concesionarios de telefonía móvil del citado concurso, y b) Que no existirían fundamentos económicos que avalen dicha exclusión.

**II. El Decreto Ley N° 211 y la LGT permiten limitar la participación en concursos para la concesión del uso y goce espectro radioeléctrico, del modo que lo ha propuesto la Fiscalía en su informe**

10. El resuelvo primero<sup>1</sup> de la Resolución reclamada contiene una interpretación errónea de la normativa aplicable y una omisión que causa perjuicio al interés público que esta Fiscalía representa, como se explica a continuación:
11. La posibilidad de establecer limitaciones como la solicitada por esta Fiscalía en su informe, encuentra plena acogida en las normas de defensa de la competencia, recogidas en general en el Decreto Ley N° 211, que entre otras cosas prohíbe otorgar concesiones que impliquen conceder monopolios (artículo 4°), pero que además integran lo que se ha dado en llamar nuestro orden público económico, con raíz constitucional, sede en la cual las garantías de libertad de empresa y no discriminación (artículo 19 Nos. 21 y 22) permiten exigir del Estado un acceso igualitario a un insumo esencial por él administrado, como es el espectro radioeléctrico.
12. Al efecto, resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en diversos pronunciamientos ha señalado que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley a cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma situación...”, concluyendo que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad” (Roles N°s 28, 53, 219 y 755). Por otra parte, en su fallo de 20 de octubre de 1998, que declaró constitucional el proyecto que elevaría los impuestos al tabaco, el mismo Tribunal señala que “las diferencias o

---

<sup>1</sup> “**PRIMERO:** Declarar que, de acuerdo con las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, y lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, no es procedente excluir la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el Concurso Consultado, por lo que éstos podrán participar en él cumpliendo

discriminaciones ente las personas no tienen, de suyo o per se, inconveniente o contradicción en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado”.

13. Derechamente en sede de defensa de la competencia, la misma H. Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 183, de 6 de diciembre de 1984, estableció que “...si el otorgamiento de una concesión importa una discriminación que afecta a la libre competencia, el Decreto Ley N° 211... cobra aplicación preferente sobre toda otra norma legal, a menos que dicha aplicación esté también legalmente exceptuada.”

Asimismo, en su Resolución N° 584, de 27 de diciembre de 2000, la H. Comisión declaró que le correspondía cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establecieran para la asignación del espectro radioeléctrico no afectasen la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones, estableciendo que las frecuencias totales asignadas a una misma empresa no podían, en el caso, exceder de 100 MHz.

El principio lo reitera la Resolución N° 588, de 20 de diciembre de 2000, al declarar que, sin perjuicio de corresponder al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones y administrar y controlar el espectro radioeléctrico “esta Comisión debe cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establezcan para la asignación de uso del espectro radioeléctrico no afecten la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones”, resolviendo en definitiva que “no podrán participar en el concurso para proveer el servicio público telefónico móvil en una misma área geográfica las empresas o grupo de empresas relacionadas o coligadas que ya posean concesión por más de 30 MHz en la banda de frecuencias de 1.900 MHz.”

En igual sentido y aún más claramente pertinente al caso, la Resolución N° 02/2005 de ese H. Tribunal, que autorizó la toma de control de BellSouth por la actual Movistar, condicionó la operación a la enajenación de una concesión de espectro radioeléctrico y excluyó como eventual adquirente a

---

con la normativa aplicable y con los demás requisitos de general aplicación que establezcan las bases del concurso público consultado;”.

toda empresa que, con esa adquisición, llegase a poseer concesiones de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz en total, Resolución ésta que fuera confirmada por la Excm. Corte Suprema en Sentencia de Sentencia de 15 de julio de 2005, Rol N° 396-2005.

14. La jurisprudencia reseñada es pacífica en la doctrina. Al respecto, Domingo Valdés Prieto señala que "...todo acto administrativo ha de ceñirse no sólo a la ley que confiere la potestad del cual aquel emana, sino también a las demás normas jurídicas y principios generales que le sean aplicable. Entre éstos se encuentra ciertamente el orden público económico, uno de cuyos contenidos fundamentales es la libre competencia..."<sup>2</sup>
15. Tanto es así, que el mismo H. Tribunal, en las consideraciones de la Resolución recurrida ratifica la posibilidad de que, conforme al Decreto Ley N° 211, se establezca la limitación solicitada por esta Fiscalía, al señalar que "...el Decreto Ley N° 211 es de aplicación general a todas las actividades económicas, sean éstas reguladas o no reguladas, realizadas por personas de derecho público o privado. Por lo tanto, el Concurso debe ceñirse también a las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el DL 211 y, por ende, la asignación del espectro en cuestión por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones debe respetar también dichas normas"<sup>3</sup>, para luego añadir que "...este Tribunal analizará - en el contexto normativo antes reseñado- cuáles son los riesgos para la competencia que involucra la participación en el Concurso de los actuales concesionarios de telefonía móvil..."<sup>4</sup>.
16. En consecuencia, es indubitado que conforme al Decreto Ley N° 211 es posible establecer la limitación solicitada por esta Fiscalía, cuestión de especial relevancia porque la Subtel, como toda autoridad administrativa en el ejercicio de sus atribuciones, ha de respetar no sólo la LGT, sino que todo el ordenamiento jurídico, en especial la normativa de orden público, de la cual la de defensa de la competencia es un pilar fundamental.
17. Lo expuesto anteriormente se ve reforzado por el hecho que, en innumerables oportunidades, los organismos de defensa de la libre

---

<sup>2</sup> Libre competencia y monopolio, Editorial Jurídica de Chile, páginas 434 y 435.

<sup>3</sup> Resolución N° 27/2008. Capítulo 5, página 68.

<sup>4</sup> Resolución N° 27/2008. Capítulo 5, página 71.

competencia han establecido limitaciones parecidas, no solamente a la autoridad, en este caso Subtel, sobre la forma cómo debe realizarse un concurso público, sino también a los privados, y que la jurisprudencia sobre instalaciones esenciales establecen, precisamente, limitaciones a agentes económicos privados sobre la forma cómo deben administrar sus bienes para evitar la exclusión de competidores actuales o potenciales.

18. Por consiguiente, si está en el núcleo del Derecho de la competencia el establecer restricciones a particulares sobre su propiedad para que otros pueden llegar a los consumidores finales, con mayor razón esas limitaciones pueden establecerse a la autoridad pública, cuyo deber primero es velar por el bien común y por el cumplimiento de los objetivos que la Ley le asigna, los que, en este caso, comprende, entre otros, el fomento de la mayor competencia posible.
19. Por ello es que, tal y como lo resalta la propia Resolución recurrida<sup>5</sup>, el artículo 2° de la Ley General de Telecomunicaciones consagra el principio rector en esta materia, el libre e **igualitario** acceso telecomunicaciones, lo que es refrendado por el artículo 8° que consagra igual principio para el uso y goce de frecuencias del espectro radioeléctrico otorgado por medio de concesiones, permisos o licencias esencialmente temporales.

En la misma línea han de leerse las demás normas de la LGT y su normativa complementaria, como el decisorio artículo 38 del Reglamento General de Telecomunicaciones, que explicita la especial función de Subtel en orden a administrar racional y eficientemente el espectro radioeléctrico.

20. En consecuencia, tanto de conformidad con el Decreto Ley N° 211, como con la LGT, resulta posible limitar la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador de telefonía móvil.
21. Al declarar el H. Tribunal lo contrario y, con ello, pretender resuelta la cuestión sometida a su conocimiento, ha causado perjuicio a esta Fiscalía y al interés público que representa, en especial si se tiene en consideración que Subtel consultó expresamente las limitaciones que, en caso de admitirse, debían imponerse a esa participación y que esta Fiscalía solicitó

---

<sup>5</sup> Resolución N° 27/2008. Capítulo 5, página 68.



expresamente limitar la cantidad de espectro radioeléctrico a que cada operador de servicios de telefonía y de banda ancha móvil podía acceder.

**III. Es necesario limitar de la participación de los operadores con espectro radioeléctrico**

22. La necesidad de limitar la cantidad de espectro radioeléctrico para prestar estos servicios fluye claramente de los antecedentes aportados por Subtel, por los demás intervinientes y por esta Fiscalía a fojas 914, análisis este último que es acogido en plenitud por ese H. Tribunal, de modo que ha quedado establecido en autos que los mercados relevantes al caso, los de telefonía móvil y banda ancha móvil, son mercados altamente concentrados en que los únicos oferentes son ENTEL PCS, Movistar y Claro, existiendo una barrera infranqueable a la entrada al mercado, que además cuantitativamente determina los costos de prestar estos servicios: la disponibilidad de espectro radioeléctrico.

Así, si no existe tal disponibilidad de espectro radioeléctrico, no es posible competir, y aún existiendo, las posibilidades reales de competir dependerán de la cuantía en que se disponga de este insumo.

Estos aciertos emanan claramente de las consideraciones de la Resolución reclamada.

23. El concurso en cuestión considera el otorgamiento de concesiones por un total de 90 MHz en las bandas de 1.700 MHz y 2.100 MHz, que permiten prestar servicios de telefonía móvil y de banda ancha móvil.

24. ENTEL PCS cuenta con concesiones sobre 60 MHz en la banda de 1.900 MHz, Movistar con 30 MHz en esa misma banda y 25 MHz en la de 800 MHz, lo mismo que Claro, concesiones todas que les permiten prestar servicios de telefonía móvil y de banda ancha.

25. Existen en autos antecedentes que permiten sostener, al menos, que conforme a estándares internacionales el espectro radioeléctrico asignado a cada uno de esos actores es más que suficiente para prestar los servicios que actualmente prestan, aún proyectados al mediano plazo.

Por otro lado, existe en autos evidencia de que, aunque incurriendo en mayores costos que con nuevas concesiones en bandas 3G, estos actores pueden prestar servicios 3G con sus actuales concesiones, y de hecho los prestan.

Además, existe evidencia que permite prever que con las concesiones asociadas a 3G los operadores de telefonía móvil prestarán fundamentalmente este servicio y sólo marginalmente servicios de banda ancha móvil.

Por último, en relación a esta materia, la evidencia es clara en orden a que, para prestar servicios 3G, telefonía móvil y banda ancha móvil, en condiciones equivalentes a las de un potencial entrante, los actuales operadores de telefonía móvil requerirían un ancho de espectro muy inferior al que requeriría éste. De ahí que Subtel haya sugerido concursar un bloque de 60 MHz excluyendo en esta parte a los actuales incumbentes, y a la vez tres bloques de 10 MHz sin exclusiones, a los que entonces podrían acceder los actuales operadores.

26. En síntesis, ni ENTEL PCS, ni Movistar, ni Claro requieren nuevas concesiones de espectro radioeléctrico para competir en el mercado de la telefonía móvil, aunque de acceder a ellas podrían implementar la nueva tecnología con menores costos y prestar servicios de banda ancha móvil, para lo cual requerirían anchos de espectro muy inferiores a los de un potencial entrante.

Las consideraciones de la Resolución reclamada corroboran estas afirmaciones.

27. Por otro lado, y sin perjuicio de que en general las condiciones de entrada son más bien desfavorables –la Resolución reclamada se explaya al respecto, págs. 77 y siguientes- existen en autos antecedentes más que suficientes para dar por establecidos serios riesgos para la competencia derivados del acaparamiento de espectro radioeléctrico por los actuales incumbentes, bloqueando el ingreso de nuevos competidores, así como evidencia de que la mayor disponibilidad de espectro por parte de unos actores, respecto de otros, especialmente de entrantes, redundaría en ventajas de costos difícilmente superables.

28. La Resolución impugnada, en sus consideraciones, corrobora la existencia de estos riesgos y desventajas, tal como lo hiciera ese H. Tribunal en su Resolución N° 02/2005, confirmada por la Excma. Corte Suprema (Sentencia de 15 de julio de 2005, Rol N° 396-2005), y que resolvió condicionar la toma de control de BellSouth por la actual Movistar a la enajenación de una sus concesiones sobre espectro radioeléctrico, excluyendo como adquirente a quien resultare con ello poseedor de concesiones por más de 60 MHz en total, posibilitando así el ingreso de un nuevo actor y, desde luego, limitando la cantidad de espectro radioeléctrico de la empresa fusionada –y de los demás incumbentes-, en aras del uso eficiente del mismo y de su asignación homogénea, ambos funcionales a la defensa de la competencia.
29. Ninguno de los argumentos que ahora presenta el H. Tribunal como contrapuestos a aquéllos logra su objetivo. Veamos los que parecen más pertinentes:
- a) Señala el H. Tribunal que no se habría establecido que la competencia es actualmente reducida en telefonía móvil y ello porque no se habrían evidenciado rentas sobrenormales.

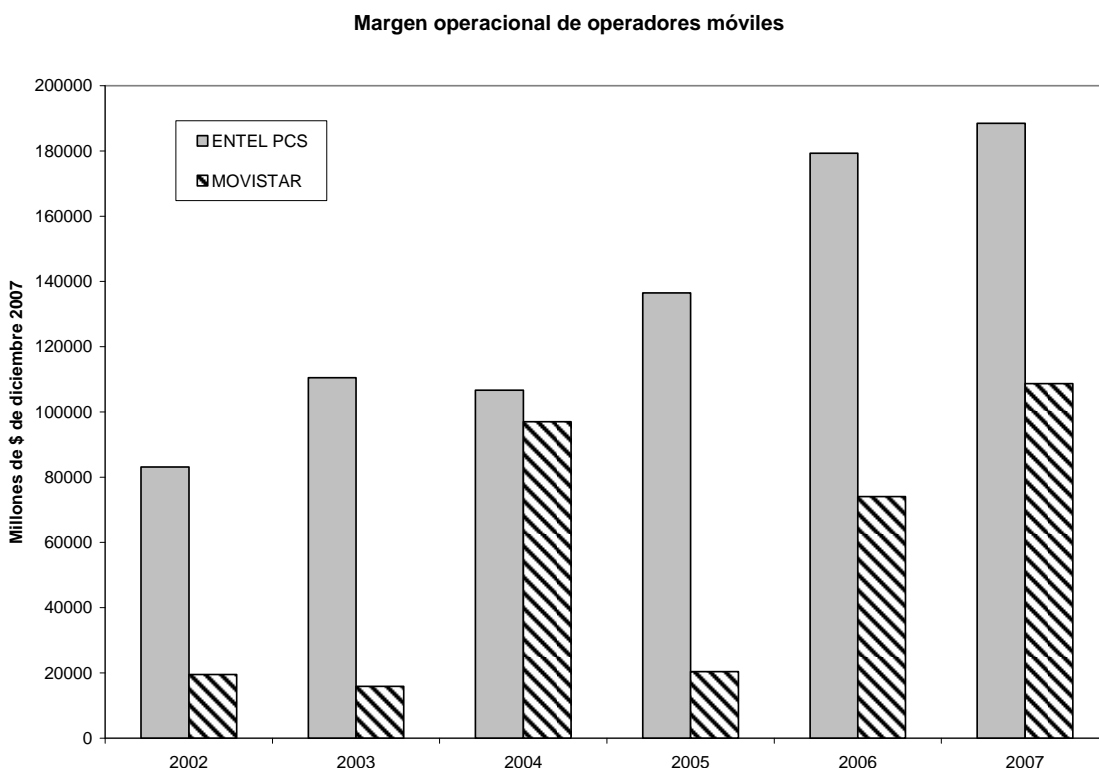
La exigencia es totalmente improcedente, desde que supone, de algún modo, la comisión de abusos probablemente reprimibles en un juicio de naturaleza diversa, contenciosa, escapando a los dictados de la doctrina y la jurisprudencia comparada y nacional, incluso la emanada de ese mismo H. Tribunal, que en un juicio preventivo como el de autos<sup>6</sup>, ante la evidencia de una concentración de mercado como la que éste exhibe (HHI de 3892, es difícil encontrar mayores) y de barreras a la entrada de la entidad que aquí se presentan, lo menos que hace, habiéndolo, es garantizar el acceso igualitario a las instalaciones o insumos esenciales, que es lo que aquí se pide (v.gr., Resoluciones Nos. 183/1984, 584/2000, 588/2000, de la H. Comisión Resolutiva, citadas; Resolución N° 02/2005, citada, y Sentencias Nos.

---

<sup>6</sup> Diversas Resoluciones de ese H. Tribunal, como la Resolución N° 24/2008, que rechazó la fusión entre D&S y Falabella (págs. 78 y ss), y la doctrina, entre otros, el profesor Enrique Barros Bourie, en el Primer Día de la Competencia, [ww.fne.cl](http://ww.fne.cl), se explayan sobre la prognosis o juicio de pronóstico o probabilístico que aquí se ha de realizar, en contraste con la jurisdicción contenciosa, que versa sobre hechos acaecidos.

44/2006 y 45/2006, de ese H. Tribunal, varias confirmadas por esa Excma. Corte, entre otras).

Por lo demás, sabido es que los ingresos y márgenes operacionales de las empresas de telefonía móvil han aumentado significativamente en los últimos años, de manera que sí existen incentivos para evitar la entrada de nuevos competidores y, de esta forma, proteger sus ganancias. El siguiente gráfico muestra lo que se señala:



- b) Luego, refiere el H. Tribunal que, dados los fenómenos de convergencia y redes multiservicios, de excluir a los actuales operadores de telefonía móvil por su inclinación a excluir, a su turno, competidores, habría que inhibir también a los oferentes de otros servicios de transmisión de voz y datos, aunque no fueren sustitutos.

La lógica detrás de este argumento es que los proveedores de banda ancha fija (par de cobres y cable coaxial) también tendrían incentivos para acaparar espectro y así frenar el desarrollo de la banda ancha móvil, porque si bien este producto no es sustituto de aquel, sí habría sustitución a la inversa.

Sin perjuicio de que no hay en autos evidencia alguna en el sentido señalado por ese H. Tribunal, olvida éste que, si bien la banda ancha móvil es uno de los mercados relevantes al caso, el de la telefonía móvil es, por lejos, mucho más atingente, toda vez que la evidencia internacional indica que con concesiones para 3G se prestarán principalmente servicios de telefonía móvil y sólo marginalmente de banda ancha. En consecuencia, los operadores de otros servicios de telecomunicaciones que accedan a concesiones 3G, tendrán incentivos de sobra para desarrollar, no banda ancha móvil, sino que ésta y, principalmente, telefonía móvil, que representa y representará en el mediano plazo la principal fuente de ingresos de las empresas de telecomunicaciones. En tal sentido, resulta ilustrativo constatar que Telefónica Chile, en el año 2000, facturaba 4,7 veces más que los ingresos de Telefónica Móvil, pero a partir del año 2006, esta última superó los ingresos operacionales de la primera, incluyendo todos los servicios “convergentes” (telefonía fija, banda ancha y televisión de pago).

Por otro lado, la teoría económica señala que, si fuere cierto que la banda ancha móvil disciplinará a la fija, cuestión respecto de la cual no hay, como se ha dicho, evidencia alguna, esto debería contextualizarse en un mercado en que ya hay actores que ofertan banda ancha móvil, de modo que lo previsible sería que los oferentes de banda ancha fija buscaran prestar en forma eficiente servicios de banda ancha móvil, para competir con los oferentes actuales.

Más aún, la verdad es que la naturaleza móvil, su uso más bien individual y hasta cuestiones de precio indican que la banda ancha móvil no será sustituto de la fija, de uso familiar, más barata y más veloz. El H. Tribunal ha sostenido a este respecto, como único argumento de la eventual sustitución de banda ancha fija por la móvil, los avances de ésta última en cuanto a velocidad de transferencia, que la acercan a la fija, pero resulta que ya hay antecedentes que señalan que la banda ancha fija desarrollará, a su turno, nuevas tecnologías que aumenten aún más su actual capacidad de transferencia. De hecho, ya existen tecnologías como ADSL2, ADSL2+, HDSL y VDSL que son capaces de multiplicar varias veces la capacidad de

transferencia de los equipos actuales sobre un par de cobre. Así ha ocurrido con las ofertas de Telefónica CTC y VTR Banda Ancha, que recientemente habrían triplicado la velocidad de transferencia de la banda ancha fija que ofrecen, sin costo para sus usuarios.

30. La evidencia de estos riesgos y costos asociados al acaparamiento y a la distribución heterogénea de espectro radioeléctrico es más grave aún si se considera que también existen en autos antecedentes que permiten sostener que el ingreso de un nuevo entrante, en condiciones razonables, redundaría en mayor intensidad competitiva y, por ende, en servicios de mejor calidad y menores precios para los consumidores, tal como lo reconoce la Resolución recurrida en sus considerandos.
31. Ahora bien, la jurisprudencia de los organismos antimonopolio chilenos ha expresado, reiteradamente, su interés en salvaguardar el uso efectivo y eficiente del espectro, disponiendo al efecto, incluso, la enajenación de todas o algunas de las concesiones por parte de los operadores establecidos. Así se ha fallado, con igual o similar propósito, en las ya citadas Resolución N° 584/2000, en la Resolución N° 588/2000, ambas de la H. Comisión Resolutiva, en el Dictamen N° 975, de 21 de junio de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, y en la Resolución N° 2/2005, de ese H. Tribunal.
32. Asimismo, la jurisprudencia antimonopolios ha promovido la homogeneidad en la cantidad de espectro radioeléctrico asignada a los operadores de redes, en atención a que "... la disponibilidad de espectro radioeléctrico es determinante en los costos de cada concesionario...", de modo que a mayor disponibilidad de espectro, son menores los requerimientos de inversión, razón por la cual la Resolución N° 02/2005, de la cual proviene la cita anterior, ordenó a Movistar enajenar una concesión de espectro radioeléctrico, impidiendo su adquisición definitiva por actores que poseyeran concesiones que les otorgasen derechos sobre más de 60 MHz.
33. Por otra parte, en Derecho Comparado se ha limitado la cantidad de insumo que es posible asignar a un solo operador, tal y como resultó de aquella Resolución N° 02/2005 de ese H. Tribunal, y como ese mismo H. Tribunal ha sugerido para el mercado aeronáutico comercial, con frecuencias limitadas, en su Sentencia N° 44/2006, disponiendo que las licitaciones se

realicen “sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias...”

34. Todavía más, ha de considerar ese H. Tribunal que, en virtud de los principios y normas que gobiernan la libre competencia en los mercados, la asignación de un insumo esencial, más aún sin costo alguno, como sucede con el espectro radioeléctrico en materia de telecomunicaciones, impone a los beneficiarios sujetarse a las condiciones o cargas que sean necesarias para salvaguardar la libre competencia, en especial en lo referente al libre acceso a dichos insumos por parte de competidores actuales o potenciales.
35. Estos principios ya fueron recogidos, como se señaló, en la Resolución N° 02/2005 de ese H. Tribunal, que fuera confirmada por la Excm. Corte Suprema en Sentencia de 15 de julio de 2005, Rol N° 396-2005, que al efecto consideró:

“28°) Que, de otra percepción, tampoco puede perderse de vista la circunstancia de que el mercado de que se trata es limitado, lo que determina que éste presente caracteres que le son muy propios, cual ocurre por ejemplo con las concesiones para operar radioemisoras o canales de televisión, todos los cuales dependen de la limitación natural que tienen los respectivos espectros en los que se realizan las emisiones, los que debido a dicha situación, se encuentran copados. En ello no se diferencia demasiado de otros mercados, como por ejemplo el de los servicios básicos, como lo son el agua potable o la energía eléctrica que dependen de la instalación de conductos o postación, respectivamente, para su funcionamiento; e, incluso, la telefonía clásica, esto es, la que utiliza sistemas de cables conductores; .....

..... 30°) Que, además, resulta procedente formular la consideración de que las condiciones impuestas no afectan a los recurrentes, en cuanto formularon alegación a su respecto. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene facultades para imponer las condiciones de la operación consultada, y parece ser la instancia adecuada para ello. En el presente caso, se advierte que lo hizo de un modo muy prudente, tomando diversas prevenciones para precaver posibles efectos futuros;”.

36. En síntesis, en el proceso ha quedado establecido que:

- a) Tanto el D.L. N° 211, como la LGT, permiten y hasta imponen limitar la cantidad de espectro radioeléctrico de que un operador pueda disponer, a fin de salvaguardar el acceso libre e igualitario a las telecomunicaciones y al espectro radioeléctrico, el uso eficiente del mismo y su asignación homogénea y, finalmente, la defensa de la competencia.
- b) Ni ENTEL PCS, ni Movistar, ni Claro requieren nuevas concesiones de espectro radioeléctrico para prestar servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil.
- c) Existen serios riesgos para la competencia derivados del acaparamiento de espectro radioeléctrico, bloqueando el ingreso de nuevos competidores, así como evidencia de que la mayor disponibilidad de espectro redundaría en ventajas de costos difícilmente superables, menos aún por eventuales entrantes.
- d) El ingreso de un nuevo entrante, en condiciones razonables, debería redundar en mayor intensidad competitiva y, por ende, en servicios de mejor calidad y menores precios.
- e) En todo caso, para prestar estos servicios, ENTEL PCS, Movistar y Claro requieren anchos de espectro muy inferiores a los de un potencial entrante.

Subtel habría estimado este ancho en 10 MHz para cada uno de estos actores y en 60 MHz para un entrante.

- f) La LGT y su normativa complementaria atribuyen a Subtel la administración racional y eficientemente del espectro radioeléctrico.

Las consideraciones de la Resolución reclamada corroboran todos y cada una de estos aciertos.

37. En consecuencia, resulta plenamente procedente limitar la cantidad de espectro radioeléctrico a que pueda acceder un operador como



consecuencia de este concurso, del modo solicitado por esta Fiscalía en su informe de fojas 914, párrafos 72 a 76, que transcribo a continuación:

“72. Las características del mercado que se han reseñado imponen la necesidad de limitar la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador de telefonía móvil. El límite razonable a establecer, a juicio de esta Fiscalía, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas actualmente destinadas a telefonía móvil.

73. Lo anterior es coherente con lo ya resuelto por ese H. Tribunal, según se ha relatado, en consonancia con los principios de uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico y su asignación homogénea.

74. Por otra parte, la escala mínima eficiente para los entrantes exige que en esta ocasión se concursen concesiones que otorguen derechos de uso sobre al menos 30 MHz, para lo cual la nueva banda de frecuencia ha de dividirse en tres bloques de 30 MHz cada uno.

75. Lo anterior permitiría hasta tres nuevos entrantes con concesiones de 30 MHz cada uno o, considerando el límite de 60 Mhz antes referido, un entrante con dos concesiones de 30 MHz, esto es, 60 MHz en total, y otro con una concesión de 30 MHz.

Verdad es que este eventual quinto actor tendría derecho a utilizar una menor porción del espectro que los demás, rompiéndose en su contra la regla de la homogeneidad, pero es sabido que una concesión de 30 Mhz permite desarrollar adecuadamente el negocio, considerando además que los actuales incumbentes deberán despejar las bandas de frecuencias que actualmente tienen asignadas, para efectos de migrar a 3G, disminuyendo así sus ventajas.

76. En el evento que alguna de las concesiones de 30 MHz no resulte adjudicada, podría resultar conveniente considerar el concurso de tres concesiones de 10 MHz cada una, pudiendo disputarlas también los actuales incumbentes, con límite de dos concesiones en una sola mano, y bajo condición de restituir el equivalente al espectro que se asignen<sup>29</sup>, en el menor plazo posible, con un límite máximo de 18 meses, para así cumplir el límite máximo de 60 MHz, antes referido.”

Estos son los fundamentos de la Reclamación.

**POR LO TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL SOLICITO**, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 31 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, tener por interpuesto, para ante la Exma. Corte Suprema, el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Alto Tribunal con el fin que, en virtud de los antecedentes y normas que se han expuesto, enmiende conforme a Derecho la Resolución N° 27, de 17 de julio de 2008, de ese H. Tribunal,

disponiendo en lugar del Resuelvo primero de la misma, como condiciones para el desarrollo del Concurso Consultado y medidas preventivas, las siguientes:

1. Que se limite la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador de telefonía móvil. El límite razonable a establecer, a juicio de esta Fiscalía, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas actualmente destinadas a telefonía móvil.
2. Que sólo en el evento que una o más concesiones concursadas no resulten adjudicadas, se flexibilice lo solicitado en el número anterior, estableciendo como límite de la cantidad de espectro radioeléctrico asignado a un operador la cantidad de 70 MHz, y
3. Que, en caso de no acogerse en su integridad lo propuesto por esta Fiscalía en los puntos 1 y 2 anteriores, las bases del Concurso Consultado contemplen el otorgamiento de concesiones de espectro radioeléctrico que permitan la prestación de los servicios de telefonía móvil y banda ancha móvil en condiciones razonablemente equivalentes, considerando el eventual ingreso de nuevos oferentes.

Solicito a ese H. Tribunal y, por su intermedio, a la Excma. Corte Suprema, acceder a lo requerido.



The image shows an official stamp of the Fiscalía Nacional Económica of the Republic of Chile. The stamp is oval-shaped and contains the text: "REPUBLICA DE CHILE", "FISCAL NACIONAL", and "FISCALIA NACIONAL ECONOMICA". To the right of the stamp is a handwritten signature in black ink.