

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documento. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Se tenga presente. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Felipe Cerda Becker, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, en autos caratulados “Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. sobre las Bases de Licitación de los denominados Concursos públicos 5G”, Rol NC N° 481-2020 TDLC, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N° 2 y 31, N° 1 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus respectivas modificaciones (“DL 211”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación:

1. Este H. Tribunal recibió, con fecha 31 de octubre de 2020, una solicitud formulada por Telefónica Móviles Chile S.A (“Movistar”), en la que formula una serie de aprehensiones sobre hechos potencialmente anticompetitivos presentes en las denominadas bases de los “Concursos Públicos 5G”¹, los

¹ Como explica la misma consulta en su página 6, son cuatro los concursos independientes que en conjunto, conforman los denominados Concursos Públicos 5G: (i) *Concurso de la Banda 700*, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1365 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1882 y N°1956 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; (ii) *Concurso de la Banda AWS*, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1366 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1883 y N°1958 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; (iii) *Concurso de la Banda 3.5*, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1367 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1884 y N°1957 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; y, (iv) *Concurso de la Banda 26*, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1368 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1885 y N°1959 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente.

cuales ameritarían, en concepto de la consultante, una revisión *ex ante* por parte del H. Tribunal que otorgue certeza jurídica a los participantes de dichos concursos; para lo cual incluso solicitó la suspensión de los procesos administrativos derivados de cada concurso, hasta que dichos riesgos fueran debidamente corregidos o mitigados por el H. Tribunal².

2. Con fecha 9 de noviembre de 2020, este H. Tribunal dictó la resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL N°211 respecto de la solicitud formulada por Movistar. Asimismo, ofició a esta Fiscalía, entre otros 17 agentes y autoridades que se relacionan con el mercado de telecomunicaciones, a fin de que aportaren antecedentes sobre la misma.
3. En atención a lo anterior, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 12 de noviembre de 2020, ejerciendo las facultades establecidas en el artículo 39 del DL N°211 para recabar los antecedentes necesarios para la elaboración del presente informe³. Esta presentación se estructura en los acápite que a continuación se indicarán, abordándose en cada uno las distintas materias en las que la consulta identifica posibles riesgos anticompetitivos⁴:

² Solicitud que este H. Tribunal rechazó mediante resolución de 09 de noviembre de 2020, sin perjuicio que Movistar insistiría en su pretensión en un proceso contencioso separado, caratulado como *“medida prejudicial cautelar solicitada por Telefónica Móviles Chile S.A. en contra de Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.”*, Rol C-408-2020. La pretensión de suspensión de los Concursos Públicos 5G fue nuevamente rechazada en dicho proceso, en virtud de las resoluciones de fechas 13 y 17 de noviembre de 2020.

³ Investigación Rol 2640-20 FNE, caratulada *“Informe al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. sobre Bases de Licitación de Concursos Públicos 5G”*.

⁴ Salvo la materia relativa al monto aparentemente excesivo de las boletas de garantía de seriedad de la oferta, como de fiel cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, donde, como reconoce la propia consulta (p. 50): *“en concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico anteriores [se] habían exigido boletas de garantía por montos similares, o incluso superiores (...)”*. Esta Fiscalía considera que dicho reconocimiento resta mérito a la alegación, pudiendo añadirse los siguientes antecedentes, que ratifican tal parecer: (i) que los montos parecen proporcionados a los niveles de inversión necesarios para acometer esta clase de proyectos, como son brindar cobertura en la nueva tecnología de quinta generación (“5G”) a diversas localidades del país y/o potencialmente a todas sus ciudades más relevantes; (ii) que ambos tipos de boletas -de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión- son separadas para cada concurso público 5G -para Banda 700, AWS, 3.5 y 26-, por lo que ningún operador debe incurrir en ellas de modo simultáneo a menos que participe en todos los concursos; (iii) que la presentación de ofertas técnicas por al menos cinco empresas en los distintos concursos, monto de oferentes que es mayor al observado en la generalidad de los anteriores concursos llevados a cabo a la fecha, demuestra que el monto de las boletas de garantía no constituyó una barrera o desincentivo relevante que inhibiera la participación en el concurso.

ÍNDICE

I. Antecedentes	3
II. ¿Generan las bases de los Concursos Públicos 5G riesgos de incumplimiento de los caps vigentes e incertidumbre acerca de su base de cálculo?.....	6
III. ¿Las bases del concurso de la Banda 3.5 indisponibilizarían injustificadamente espectro, generando una “escasez artificial”?	14
IV. ¿La división del espectro a asignar (bloques) excluiría injustificadamente a competidores en ciertos concursos y otorgaría ventajas anticompetitivas a algunos operadores en otros concursos?	18
A. División de bloques en las Bandas 700 y AWS.....	18
B. División de bloques en la Banda 3.5.....	21
V. ¿Las bases de los Concursos Públicos 5G otorgarían ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 e infringirían la orden de la Excm. Corte Suprema en cuanto ordenan privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño?	25
VI. ¿Limitan injustificadamente la competencia las bases de los Concursos Públicos 5G, al forzar una licitación y utilizar un mecanismo de adjudicación combinatorial de primer precio?	28
A. Modelo de asignación empleado en los Concursos Públicos 5G	28
B. Observaciones de Movistar al modelo de asignación empleado en los Concursos Públicos 5G.....	30
C. Análisis de esta Fiscalía.....	32
VII. Conclusiones	37

I. Antecedentes

1. Con fecha 14 de agosto de 2020, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”) dictó las Resoluciones Exentas N^{os} 1365, 1366, 1367 y 1368⁵, las cuales formalizaron las bases de los denominados “Concursos Públicos 5G” y que consisten en cuatro procesos de concurso separados e independientes entre sí, para las siguientes bandas de frecuencia, respectivamente: (i) 700 MHz; (ii) AWS (1755-1770 y 2155-2170 MHz); (iii) 3.5 GHz; y, (iv) 26 GHz.

⁵ Aunque fueron modificadas por la propia Subtel con fechas 13 y 20 de octubre mediante sendas resoluciones exentas citadas precedentemente.

2. A modo de síntesis de los principales aspectos de cada concurso se aprecian en el siguiente resumen:

Tabla N° 1. Síntesis aspectos principales Concursos Públicos 5G

Concurso	700 MHz	AWS	3.5 GHz	26 GHz
Res. Subtel	1365	1366	1367	1368
Ubicación bloque	703-713 y 758-768 MHz	1.755-1.770 y 2.155-2.170 MHz	3,30 - 3,40 GHz y 3,60 - 3,65 GHz	25,90 - 27,50 GHz
Denominación Concesión	Servicio (público) de telecomunicaciones, en aplicación del artículo 3° de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones			
Tecnología	LTE Avanzado Pro, 5G o Superior		5G o superior	
MHz disponibles	20	30	150	400
Bloques	1	1	15 bloques de 10 MHz	4 concesiones (bloques)
Duración	30 años			
Características técnicas generales a cumplir	Cobertura de localidades obligatorias y rutas georreferenciadas (carreteras estratégicas).	Cobertura complementaria en polígonos georreferenciados (aeropuertos y aeródromos, centros de interés científico, instituciones de educación superior y puertos marítimos).	Servicio en comunas que integran las Áreas Urbanas Consolidadas Principales definidas por Instituto Nacional de Estadísticas (INE).	
Mecanismo de asignación	Asignación al mayor puntaje en la evaluación del proyecto técnico. En igualdad de condiciones, el concurso se resolverá mediante licitación de primer precio a sobre cerrado, asignándose a la oferta económica de mayor valor.	Asignación al mayor puntaje en la evaluación del proyecto técnico. En igualdad de condiciones, el concurso se resolverá mediante licitación combinatorial de primer precio a sobre cerrado, asignándose a la combinación de ofertas de mayor valor.	Asignación al mayor puntaje en la evaluación del proyecto técnico. En igualdad de condiciones, el concurso se resolverá mediante licitación de primer precio a sobre cerrado, asignándose a la oferta económica de mayor valor.	
Garantías	22.500 UF			11.250 UF

Fuente: Elaboración propia según texto de bases de Concursos Públicos 5G.

3. La presentación de ofertas para estos concursos se iniciaba con fecha 12 de noviembre del presente año, mientras Movistar presentó la consulta que dio origen a estos autos con fecha 31 de octubre del mismo año. Como se señaló, solicitó además la suspensión de los procesos de concurso, la que fue rechazada por este H. Tribunal por medio de resolución de fecha 09 de noviembre de 2020. Ante dicho rechazo, Movistar inició, con fecha 11 de noviembre de 2020, un procedimiento contencioso en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, solicitando una medida prejudicial cautelar que suspendiera los mencionados procesos de concurso. Este H. Tribunal rechazó dicha solicitud con fecha 13 de noviembre.

4. De este modo, los mencionados procesos de concurso continuaron su tramitación, llegando a la fase de presentación y apertura de ofertas el 18 y 19 de noviembre, respectivamente, con las siguientes postulaciones:

Tabla N° 2. Participación total de empresas en Concursos Públicos 5G

700 MHz	AWS	3.5	26
Ofertas incompletas: no adjuntan archivos o garantías de seriedad de la oferta			
Adasme Consultores TI SpA	Horizonte Telecom SpA	Horizonte Telecom SpA	Horizonte Telecom SpA
Claro	Movistar	WILL S.A.	Movistar
Juan Cristi Orellana			
Movistar			
Ofertas íntegras: adjuntan archivos y garantía de seriedad de la postulación			
Borealnet S.A.	Borealnet S.A.	Borealnet S.A.	Claro
WOM	WOM	Movistar	Entel
	Claro	Entel	WOM
		Claro	
		WOM	

Fuente: Elaboración propia en base a las respectivas actas de apertura definitivas⁶.

5. Entonces, de este total de postulaciones, cinco empresas habrían presentado ofertas acompañando los antecedentes necesarios para continuar a la fase de evaluación, *“la cantidad más alta de oferentes que han participado de un concurso público de espectro en el país”*, según destacó la propia Subtel⁷.

⁶ Las actas de apertura definitivas pueden descargarse del sitio web Subtel a indicar, accediendo a la información relativa de cada concurso. Fuente: <https://www.subtel.gob.cl/concursos5g/> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

⁷ Ello luego de que, *“en 2009 para la licitación de la banda AWS llegaron dos oferentes (Nextel y VTR) y en el proceso de 2013, para la licitación de las bandas de 700 MHz y 2.600 MHz, participaron tres oferentes (Entel, Movistar y Claro)”*. Fuente: <https://www.subtel.gob.cl/mtt-recibe-cinco-ofertas->

6. Asimismo, como destaca la misma noticia publicada en la página web de Subtel y de similar modo a los precedentes concursos por la Banda 700, "(...) *El concurso público para el desarrollo de redes 5G también considera contraprestaciones sociales, incluyendo la obligación de conectar a 366 localidades a lo largo de Chile con la tecnología 4G de máxima velocidad y capacidad en la banda de 700 MHz, contribuyendo a reducir la brecha digital*".
7. Finalmente, el próximo hito de los procesos de concurso sería su resolución, prevista para febrero de 2021.

II. ¿Generan las bases de los Concursos Públicos 5G riesgos de incumplimiento de los caps vigentes e incertidumbre acerca de su base de cálculo?

8. Como se observa de la consulta (p. 22), Movistar sustenta ese acápite citando el resolutive N° 171 de la Resolución N° 59/2019 de este H. Tribunal⁸, que señala, después del primer punto seguido, que "*los operadores móviles que exceden cualquiera de los límites máximos de tenencia previamente fijados podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.*"⁹
9. A este respecto, Movistar interpreta que dicha regla habría subsistido aún con posterioridad a la revisión de dicha Resolución N° 59/2019 del H. Tribunal por la Excm. Corte Suprema, en la Resolución Rol N° 181-2020, que resolvió los recursos de reclamación contra la primera (ambos pronunciamientos componen la denominada "consulta sobre caps")¹⁰. En su interpretación, la

[por-concurso-publico-de-redes-5g-la-tecnologia-que-mejorara-la-calidad-de-vida-de-los-chilenos-y-aumentara-la-productividad-del-pais/](#) [última visita: 21 de diciembre de 2020]

⁸ Resolución que resolvió el proceso consultivo iniciado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones ("Subtel"), caratulado "Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico", Rol NC-448-2018.

⁹ El párrafo citado, en su texto íntegro, indica: "*171. Asimismo, tal como lo solicita la Subtel en su consulta, el ajuste a los límites propuestos debe ser objeto de una transición paulatina, vale decir, este debe realizarse con ocasión de los futuros concursos para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro. De esta manera, los operadores móviles que excedan cualquiera de los límites máximos de tenencia previamente fijados podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.*" [destacado añadido. En adelante, salvo mención en contrario, entiéndase que todos los destacados son agregados].

¹⁰ Resolución Rol N° 181-2020 de la Excm. Corte Suprema, de 13 de julio de 2020.

regla se mantendría en calidad de “especial”, sólo para el caso de los operadores que actualmente excedan el cap establecido para la respectiva macrobanda¹¹.

10. Ahora bien, dado que las bases de los Concursos Públicos 5G¹² no habrían exigido este ajuste a los caps vigentes como requisito o de modo previo a la participación en los mismos, Movistar considera que se generaría un riesgo anticompetitivo, dado que se permitiría a los operadores que potencialmente excederán el cap al adjudicarse espectro en alguno de los concursos, participar con privilegios de información desconocida para el resto -al sólo ellos saber si postularán o renunciarán a espectro antes de efectuarse los concursos-, arbitrar en las ofertas contando con la alternativa de devolver bloques de espectro previamente adjudicado si resultan ganadores, o bien alterando la base de cálculo; generando, asimismo, una indisponibilización temporal pero ineficiente del espectro, aspecto que se abordará en más detalle *infra*. Entonces, concluye la consulta, “los Caps vigentes se establecieron para ser aplicados de inmediato”¹³.
11. Sin embargo, no se explica en la consulta de Movistar que la Resolución Rol N° 181-2020 de la Excma. Corte Suprema sí fijó una regla específica respecto a la oportunidad del ajuste a los caps vigentes, y que las bases de los Concursos Públicos 5G se limitaron a replicarla, tal como se explicará.
12. En primer término, la referida Resolución Rol N° 181-2020, en cuanto a la oportunidad al ajuste a los caps, estableció lo siguiente:

“Décimo Séptimo: Que, por último, coincidiendo con lo concluido en la resolución reclamada, las adecuaciones o ajustes a que dé lugar la implementación del cap que se ha venido diciendo, deberán ser hechas con motivo de futuros concursos, de manera tal que, para la adjudicación de nuevos derechos de uso sobre el

¹¹ Considerar que la resolución Rol N° 181-2020 de la Excma. Corte Suprema ratificó la necesidad de fijar caps porcentuales por macrobandas, modificando la resolución del H. Tribunal en el sentido de reducir el porcentaje máximo aplicable a la macrobanda baja y eliminando la progresividad en la adaptación respecto a las macrobandas media y alta. De este modo, los caps vigentes fueron ratificados en los siguientes niveles: (i) 32% por operador en macrobandas bajas (inferiores a 1 GHz); (ii) 30% por operador en macrobandas medias bajas (entre 1 y 3 GHz); (iii) 30% por operador en macrobandas medias (entre 3 y 6 GHz); (iv) sin límite en macrobandas medias altas (6 a 24 GHz); y, (v) 25% por operador en macro bandas altas (superiores a 24 GHz)

¹² Salvo el Concurso por la Banda 26, donde no existe espectro previamente asignado por lo que no existe aún el riesgo de que, con su adjudicación, algún operador exceda el cap establecido.

¹³ Énfasis son propios del texto citado. Consulta, p. 24.

*espectro, todo oponente deberá acreditar no exceder -en ese momento o en un **plazo que no superará de seis meses**- los límites antes expresados en cada una de las macro bandas, sin importar a cuál de ellas pertenece la porción concursada.”*

13. Como se aprecia, al contrario de lo señalado por la consulta, es el propio fallo de la “consulta sobre caps” el que permite el ajuste *ex post* a los concursos (en un plazo no superior al de seis meses desde la adjudicación) y no distingue si esa regla aplica a operadores que actualmente excedan el cap o a otros.
14. Asimismo, cabe señalar que lo establecido por Subtel en las respectivas bases de los Concursos Públicos 5G resulta coherente con esa alternativa habilitada por la Excma. Corte Suprema, al señalarse en éstas que: *“la resolución [que adjudica el concurso] indicará la obligación del postulante ganador de ingresar a Subtel, dentro del quinto día hábil contado desde su notificación, un proyecto de ajuste al cap vigente para la macrobanda asociada al presente Concurso. Este proyecto de ajuste deberá materializarse a más tardar dentro de los 6 meses siguientes, contados desde la notificación de la resolución que adjudica el Concurso, bajo el apercibimiento de procederse al cobro de la boleta de garantía de seriedad de la solicitud y dejarse sin efecto la asignación”*¹⁴.
15. Entonces, desde esta perspectiva, los eventuales riesgos señalados de arbitrio del agente que excede el cap y de indisponibilización ineficiente del espectro, no provienen propiamente del diseño de las bases de los Concursos Públicos 5G, ya que éstos se limitaron a replicar y concretar el modelo de ajuste a los caps previsto por la Excma. Corte Suprema.
16. Desde otra perspectiva, el mecanismo de ajuste *ex post* genera condiciones que incrementan la intensidad competitiva y rivalidad en los concursos. En primer término, incrementa el número de potenciales oferentes y, además, introduce incertidumbre para el resto de los agentes respecto a si el operador que potencialmente excederá el cap participará o no en los concursos, y qué tan agresivo será con sus ofertas, ante la cual los agentes tienen el incentivo de analizar cuidadosamente sus ofertas o bien aumentarlas.

¹⁴ Artículo 30 de las bases del concurso de la Banda 700, del concurso de la Banda AWS y del concurso de la Banda 3.5.

17. Asimismo, este diseño permite a los operadores que ya cuentan con espectro asignado participar en los concursos de espectro para optimizar su tenencia de derechos de uso de espectro con cualidades técnicas diversas, de modo de lograr el denominado “portafolio de espectro”¹⁵. En otros términos, los concursos con devolución *ex post* sirven de mecanismo de intercambio de bloques inútiles o menormente valorados para un operador, según su plan comercial respectivo, por otros bloques que le son más atractivos, y ello en un escenario en que no son frecuentes las transacciones o intercambios de derechos de uso de espectro, dadas las rigideces del sistema concesional.
18. De este modo, lo que Movistar entiende como ventajas anticompetitivas de “arbitraje” en favor del agente que potencialmente excederá los caps al participar en los concursos, vistas desde esta perspectiva, pueden entenderse como virtudes derivadas de este diseño, que potencian y no restringen la competencia en los mismos.
19. Sin embargo, podría considerarse que sigue latente el riesgo de la indisponibilización ineficiente del espectro, considerando que el proceso por el cual el agente que excedió el cap como resultado de un concurso procederá a restituir el exceso asignado no es un fenómeno automático y que, por ende, deja inutilizable el espectro por una ventana de tiempo variable (plazo en el operador se ajusta al cap y el mismo queda disponible para ser nuevamente concursado, hasta que sea efectivamente asignado a otro interesado).
20. A este respecto, como ha tenido la ocasión de analizar este H. Tribunal¹⁶, son diversos los medios por los cuales un agente puede materializar una “devolución” de espectro para, en este caso, ajustarse a un cap fijado: (i)

¹⁵ Como ha sido señalado por esta Fiscalía al aportar antecedentes en el marco de las consultas Roles NC-448 y 449, ambas de 2018, seguidas ante este H. Tribunal, lo deseable desde la perspectiva de la adecuada distribución de espectro, es que los diversos agentes puedan acceder a una combinación razonable de distintas bandas de espectro bajas, medias y altas, lo que les permite combinar adecuadamente las cualidades propias de cada tipo de frecuencias, como son su mejor nivel de propagación y cobertura propias de las bandas bajas, como la velocidad de transmisión en las bandas altas. De ahí que las bandas pertenecientes a distintas macrobandas de espectro no sean necesariamente sustitutas entre sí.

¹⁶ A propósito del procedimiento de ejecución incidental del fallo de la Excm. Corte Suprema de 25 de junio de 2018, que se tramita en el cuaderno incidental del Rol C-275-2014 del H. Tribunal, caratulado “Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros”.

mediante una transferencia o venta de las concesiones a las que se asocian determinados derechos de uso de bloques de espectro; (ii) por medio de una renuncia a concesiones a las que se asocia el espectro; y, (iii) a través de una solicitud de modificación de concesión aprobada por decreto supremo, en orden a reducir el ancho de banda o frecuencia asignada en la misma.

21. En este sentido, H. Tribunal, materializar cualquiera de los mecanismos antes indicados exige, según el caso, plazos razonables. Así, por ejemplo, no es lo mismo reducir el ancho de banda o renunciar a una concesión cuando el espectro asociado a los títulos concesionales estaba siendo utilizado para prestar servicios, en comparación a espectro que no cumplía dicho fin.
22. Puede apreciarse la diferencia entre los mecanismos procedentes y los plazos involucrados, en un análisis de cómo dos agentes han dado cumplimiento a la orden de desprendimiento de espectro emanada del fallo de la Excma. Corte Suprema, de fecha 25 de junio de 2018, que conoció de la reclamación de Conadecus respecto a la sentencia del H. Tribunal en la causa Rol C-275-2014 (caso “Concurso 4G”).
23. Para cumplir tal orden, a modo ejemplar, Entel Telefonía Local S.A. (“Entel”) y Movistar seleccionaron bloques en la banda 3.5 GHz: 20 MHz de alcance nacional en el caso de Entel y 50 MHz en las regiones de Aysén y Magallanes en Movistar. Las diferencias entre uno y otro se pueden apreciar en la siguiente tabla, particularmente en lo relativo al medio empleado y el plazo de ejecución:

Tabla N° 3. Diferencias en los mecanismos y plazos asociados para ajustes a caps

Criterio	Entel (nacional)	Movistar (Aysén y Magallanes)
Fecha Dto.	30/09/2020	16/09/2020
Uso de espectro	Bloques utilizados para prestar servicios de banda ancha fija, según información disponible.	No se reporta información sobre uso de espectro.
Medio seleccionado	Modificación de concesión para disminuir espectro asignado, aprobada por decreto ¹⁷ .	Renuncia y declaración de extinción de la respectiva concesión, aprobada por decreto ¹⁸ .
Existencia proyecto técnico	Decreto indica que interesada presentó proyecto para ajustarse a reducción de espectro.	No declara existencia de proyecto, sino sólo intención de renuncia a concesión.
Plazo de ejecución	Término de obras previsto para 17 de octubre de 2021.	Declara extinción inmediata de concesiones, lo que, por ende, coincide con fecha de publicación de decreto en Diario Oficial.

Fuente: Elaboración propia en base a los decretos MTT citados.

24. En definitiva, el plazo específico en que se puede materializar un ajuste a los caps depende de las circunstancias fácticas, el medio seleccionado para tal materialización y, principalmente, al uso que exista respecto del espectro transferido, disminuido o renunciado. Sin embargo, la Excm. Corte Suprema buscó acotar la excesiva dilación en la materia, al señalar que el ajuste a los caps deberá acreditarse en un plazo que no podrá superar los seis meses contados desde la adjudicación del concurso.
25. En este sentido, para el cumplimiento efectivo del plazo establecido por la Excm. Corte Suprema en la materia, no basta con un ajuste “formal” al límite de asignación de espectro -que por ejemplo, puede lograrse con la publicación en el Diario Oficial del decreto que oficializa el medio seleccionado para el ajuste, independiente de cuál sea el plazo para finalizar las obras asociadas al posible proyecto técnico que lo materializa, o al medio de concretar la venta o transferencia en los hechos-, sino que debe propenderse a un ajuste “material” o “efectivo” al cap dentro de los seis meses indicados por la Excm. Corte Suprema. Vale decir, esto significa que el espectro a devolver o ceder no esté

¹⁷ Decreto Exento N° 385 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”), de 30 de septiembre de 2020, que modifica concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3400-3700 MHz a Entel Telefonía Local S.A. Disponible en: <http://bcn.cl/2mstm> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

¹⁸ Decreto Exento N° 341 del MTT, de 16 de septiembre de 2020, que certifica extinción de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico a Telefónica Chile S.A. En: <http://bcn.cl/2mstq> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

en utilización por el agente que excede el cap más allá de los seis meses que se pueden otorgar como máximo¹⁹.

26. A este respecto, analizadas las bases de los Concursos Públicos 5G, puede constatarse que Subtel propendió a que dicha materialización efectiva -y no meramente formal- sea cumplida, ejerciendo todos los medios que tenía a su alcance para sancionar al operador que busque burlar dicha exigencia, desincentivando postulaciones especulativas o dilatorias. Cabe recordar que las bases señalan, en su artículo 30, que la resolución que adjudica el concurso debe indicar la obligación del postulante ganador de ingresar a la Subtel, dentro del quinto día hábil contado desde su notificación, un proyecto de ajuste al cap vigente para la macrobanda asociada al concurso. Tal proyecto de ajuste deberá materializarse a más tardar dentro de los seis meses siguientes, contados desde la notificación de la resolución que adjudica el concurso²⁰, y establece una sanción directa en caso de incumplimiento: proceder al cobro de la boleta de garantía de seriedad de la solicitud y dejarse sin efecto la asignación²¹.
27. La interpretación que se extrae del tenor de dicho artículo de las bases se ratificó en la fase de preguntas y respuestas²². En efecto, parte de la respuesta a la pregunta N° 193, referida al artículo 30 de las bases del concurso para la Banda 3.5, indica lo siguiente: *“La palabra “materializarse”, debe entenderse como “producirse efectivamente” la devolución. En cuanto al plazo este se cuenta desde la resolución de adjudicación (...).”*
28. Por lo tanto, esta Fiscalía entiende que Subtel aplicó razonablemente el criterio exigido por la Excma. Corte Suprema en materia de ajuste al límite de asignación de espectro, haciendo aplicables las sanciones intrínsecas al

¹⁹ Lo que generalmente debiera coincidir con el estadio o momento en que dicho espectro se encuentra disponible para ser nuevamente concursado y/o adjudicado a un nuevo operador, en los casos que el medio seleccionado no hubiera sido una transferencia o venta de la concesión.

²⁰ Vale decir, los seis meses se cuentan desde la resolución de adjudicación del concurso y no desde, por ejemplo, la publicación del decreto que formaliza una reducción del ancho de banda o una renuncia a la concesión.

²¹ Vid. *supra*.

²² Vid. Informe de respuesta a las consultas sobre las bases del Concurso de la Banda 3.5, aprobado por Resolución Exenta Subtel N° 1747 de 28 de septiembre de 2020 .

propio proceso concursal, como son el cobro de la boleta de garantía de seriedad de la solicitud e incluso -la más fuerte en el marco de sanciones concursales-, el dejar sin efecto la adjudicación.

29. De este modo, los supuestos riesgos de indisponibilización ineficiente del espectro, que argumenta la consultante serían causados por el diseño de los concursos, han sido previstos y mitigados por las propias bases de los Concursos Públicos 5G, que sólo replicaron y reforzaron la regla establecida en la sentencia de la Excma. Corte Suprema, por lo que la posible subsistencia de los mismos no invalida el diseño de los concursos.
30. En definitiva, esta Fiscalía considera que no existen aspectos pendientes o en incertidumbre que dificulten la debida ejecución de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en relación con el cumplimiento de los límites a la asignación de espectro, dado que están todos los elementos para la materialización de dichos límites máximos de tenencia de derechos de uso de espectro²³; y es la propia Excma. Corte Suprema la que habilitó la alternativa prevista en el diseño de bases, de permitir el ajuste a los caps transcurridos hasta seis meses desde la adjudicación del concurso.
31. Sin perjuicio de lo anterior, la información actualizada respecto de las asignaciones de espectro vigentes y las fechas o plazos de devolución no es de fácil acceso y comprensión para los posibles interesados en participar de futuros concursos, lo que podría generar asimetrías de información respecto de los operadores incumbentes, así como incertidumbre respecto del cálculo de la base total de espectro asignable en cada macrobanda. Por eso, se considera deseable que Subtel habilite una plataforma pública y de actualización permanente con las asignaciones o títulos vigentes de uso de espectro en los rangos de bandas que están sujetos a la aplicación de caps (incluyendo el espectro actualmente no disponible para servicios de

²³ Básicamente, el considerar en la base porcentual (100%) el espectro disponible para la prestación de servicios fijos y/o móviles de carácter inalámbrico, independiente de la definición o modalidad específica con la cual fueron atribuidos, ampliándose esta base en la medida que vayan siendo disponibilizadas nuevas bandas de espectro.

inalámbricos fijos o móviles de telecomunicaciones²⁴), de modo que dicha información sirva de referencia para los cálculos que cada operador realice al momento de evaluar su participación en concursos o en otras instancias relacionadas con la administración del espectro.

32. Dicha información reduciría la posibilidad de que los actores incurran en errores, sobre todo considerando que la base del cap (espectro asignable) es variable, reduciendo así asimetrías de información. Esta plataforma podría reflejar las actualizaciones de cálculos que pueden sucederse con ocasión de habilitarse, para la prestación de servicios fijos y móviles inalámbricos de telecomunicaciones, nuevos bloques de espectro. Por lo demás, esta práctica es usual en sitios web de otros reguladores de telecomunicaciones.

III. ¿Las bases del concurso de la Banda 3.5 indisponibilizarían injustificadamente espectro, generando una “escasez artificial”?

33. Este argumento de la consulta afirma que Subtel no habría incluido en el concurso de la Banda 3.5, todo el espectro disponible en dicha banda, excluyendo, por ejemplo, las asignaciones que estarían devueltas por las empresas Entel (20 MHz de los 100 MHz con que contaba en la Banda 3.5) y Claro Chile S.A. (“Claro”) (20 MHz de los 50 MHz con que contaba), por aplicación del fallo de la Excma. Corte Suprema del concurso de 700 MHz, siendo ambos bloques de carácter nacional.
34. En primer término, cabe señalar que esas devoluciones de espectro -en la Banda 3.5GHz- aún no se encuentran totalmente materializadas, dado que dichas empresas -Entel y Claro- han declarado en múltiples instancias, que utilizan dicho espectro para servicios de banda ancha fija (BAFI), con una cantidad variable de clientes, y que requerían implementar un plan de migración que no afectara tales servicios.

²⁴ Ello siempre resguardando eventuales datos de carácter confidencial o estratégico, como, por ejemplo, el derivado del uso de espectro por las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad.

35. Que tales circunstancias, de hecho, se constatan en los respectivos decretos exentos de reducción de ancho de banda, dictados por Subtel para las asignaciones en cuestión por Entel²⁵ y Claro²⁶. En los mismos se indica que las obras asociadas a la reducción de anchos de banda se terminarán de materializar en recién en octubre de 2021²⁷. Por ende, no es correcto considerar que este espectro estaba disponible para ser incluido en los actuales Concursos Públicos 5G.
36. Asimismo, cabe poner en contexto que si bien la autoridad sectorial había proyectado su intención de poner a disposición para estos Concursos Públicos 5G hasta un máximo de 250 MHz en la Banda 3.5 -en lugar de los 50 MHz que tenía inmediatamente disponibles al 11 de mayo de 2019²⁸-, por lo que los 150 MHz que finalmente habilitó, involucran un razonable esfuerzo en disponibilizar la mayor cantidad posible de espectro en cada oportunidad.
37. De hecho, en mayo de 2019 Subtel proyectaba considerar las asignaciones de los actuales concesionarios en la banda 3.4 a 3.6 GHz -es decir, Entel, Claro, VTR y GTD²⁹- de modo de generar un reordenamiento de la banda, otorgando nuevas concesiones que hicieran un uso efectivo del espectro a cambio de un “reconocimiento” en el nuevo concurso del espectro que dichos operadores pusieran a disposición³⁰. Una iniciativa de este tipo, como es de suponer,

²⁵ Decreto Exento N° 385 del MTT, de 30 de septiembre de 2020, citado previamente. Disponible en: <http://bcn.cl/2mstm> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

²⁶ Decreto Exento N° 342 del MTT, de 29 de septiembre de 2020, que modifica concesión de servicio público telefónico local inalámbrico a Claro Comunicaciones S.A. Disponible en: <http://bcn.cl/2mt41> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

²⁷ Nótese que para materializar esta devolución o ajuste de espectro, emanada del fallo de la Excm. Corte Suprema de 25 de junio de 2018 en el “caso 4G”, no existía un plazo explícito fijado por la misma Magistratura, de modo que los alcances y plazos se discutieron en el procedimiento de cumplimiento incidental de ese fallo seguido en el Rol C-275-2014, ante este H. Tribunal.

²⁸ Según el análisis sobre el estado de la Banda 3.5 expuesto en la consulta ciudadana “Concurso 5G en Chile”, de fecha 11 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/participacion-ciudadana/consultas-ciudadanas/> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

²⁹ Entel y Claro con asignaciones de carácter nacional, VTR con asignaciones desde la Región de Arica y Parinacota hasta la de La Araucanía; mientras que GTD, con asignación en la Región de Los Lagos. A esa fecha cabía considerar también a Movistar, quien en 2020 renunció a sus concesiones en la Banda 3.5 en las Regiones de Aysén y Magallanes.

³⁰ *“Por lo mismo, considerando que el objetivo de esta Subsecretaría es propiciar un uso eficiente del espectro radioeléctrico, es que se estima necesario generar un reordenamiento en la banda que pueda conducir a un aprovechamiento en el uso del espectro, distribuyendo canales con anchos de banda acordes a las nuevas tecnologías, además de posibilitar, sujeto a los nuevos límites de espectro, la entrada de otro operador al adicionar 50 MHz del segmento 3,6 - 3,65 GHz. Para lograr lo anterior, es necesario involucrar a los actuales concesionarios de la banda 3,4 - 3,6 GHz, en el concurso público para otorgar concesiones de servicios públicos y/o intermedios en la*

habría aumentado el espectro disponible en el concurso, a la vez que habría propendido a lograr un reordenamiento de la banda.

38. Tal iniciativa de Subtel incluso fue validada por este H. Tribunal en su Resolución N° 62/2019, que resolvió la Consulta Rol NC-449-2018 presentada por la propia Movistar, teniéndosele como una evidencia de que Subtel no tenía la intención de eximir a las actuales adjudicatarias en la Banda 3.5 -Entel, Claro, VTR y GTD- de participar en un futuro concurso, si éstas pretendieran adjudicarse concesiones en dicha banda para prestar servicios 5G³¹.
39. Sin embargo, como este H. Tribunal podrá advertir, es la misma consultante la que ha impugnado la Resolución N° 62/2019 mediante un recurso de reclamación³², y si la misma se hubiera ejecutado, corre el riesgo de ser -finalmente- retrotraída.
40. Así, las alternativas disponibles para Subtel eran postergar todos los concursos hasta que estuvieran materialmente disponibles las frecuencias en proceso de devolución, postergar sólo en concurso de la banda de 3.5GHz, o

banda 3,4 - 3,65 GHz, para efectos de otorgar nuevas concesiones que hagan un uso eficiente de esta.

*Como solución de lo anterior, esta Subsecretaría propone invitar a participar a los actuales concesionarios de la referida sub-banda, estableciendo que se realizará un reconocimiento del espectro que sea puesto por ellas a disposición del concurso. De este modo, se logrará, no sólo **aumentar el espectro disponible para licitar de 50 MHz a hasta 250 MHz**, sino que también permitirá que los bloques de frecuencias asignados se ordenen de modo tal que permita el uso más eficiente del espectro.*

Finalmente, en relación con el reconocimiento, éste podrá considerar variables como la cobertura geográfica del espectro radioeléctrico, la cobertura del servicio en términos relativos a la población que los utiliza, el tiempo remanente de la concesión vigente, entre otras.”. Fuente: consulta ciudadana “Concurso 5G en Chile”, de fecha 11 de mayo de 2019, Ibidem.

³¹ Considerandos 146 a 149 de la Resolución N° 62/2019 de este H. Tribunal. Particularmente, en la parte que indica: *“dicho organismo [Subtel] solicitó que se dispusiera que en una futura licitación de servicios móviles en la Banda 3.5 se deba otorgar preferencia a las actuales concesionarias de servicios de telefonía fija inalámbrica. Al respecto, si bien en la Resolución N°59/2019, confirmada en esta materia por la Excm. Corte Suprema, no existe un pronunciamiento específico sobre ello (“sin perjuicio de lo que pueda disponer el regulador en caso de surgir necesidades técnicas que lo ameriten” (c° 55, sentencia Rol N°181-2020)), de la presentación efectuada por Subtel en dicha consulta puede desprenderse que no estaba considerando eximir a las incumbentes de participar en un futuro concurso en la Banda 3.5 para la provisión de servicios móviles, sino más bien, en comprometerse a asignarles una porción de espectro equivalente al que devuelvan previo al concurso y en la misma banda de frecuencias (fojas 2689 vta. y 2670, expediente Rol NC N°448-18). En caso contrario, esto es, que Subtel entendiera que se puede eximir a los incumbentes de participar en un futuro concurso en la Banda 3.5, habría una vulneración de lo establecido en la LGT, por las razones ya señaladas”.*

³² Recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución N° 62/2019 de este H. Tribunal, que actualmente se tramita en la causa Rol 125.656-2020 de la Excm. Corte Suprema, caratulada “Telefónica Chile S.A./Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

-la que finalmente realizó- realizar primero los concursos con el espectro asignable a esa fecha y luego otro concurso para el espectro devuelto por Entel, Movistar y Claro.

41. La evaluación de las ventajas y desventajas de cada alternativa corresponde al organismo sectorial, en su definición de las políticas públicas, mientras con ello no inhiba la intensidad competitiva en los correspondientes concursos, lo que no ocurre en este caso.
42. De lo dicho, entonces, se desprende que no es ajustado a la realidad el señalar que las presentes bases de los Concursos Públicos 5G habrían generado una “escasez artificial” del espectro en la Banda 3.5, al no disponibilizar el máximo que se pudo, sino que en realidad es el contexto de alta incertidumbre jurídica, propiciado por las reiteradas impugnaciones judiciales, el que ha impedido a Subtel poder disponibilizar más espectro en estos concursos, optando por una alternativa más pragmática, considerando que es esperable que los agentes miren con recelo o precaución el participar en concursos rodeados de contingencias judiciales.
43. Cabe entonces remarcar que incluso aunque el espectro devuelto por los operadores Entel y Claro hubiera podido ser parte de estos Concursos Públicos 5G, así como cualquier otro que se hubiere podido despejar o poner a disposición (como el de los actuales adjudicatarios en esa Banda), lo cierto es que tales decisiones no son, *per se*, de esfera de la competencia de las autoridades de libre competencia, sino que corresponde a una determinación propia del regulador sectorial, tal como señalara la Excm. Corte Suprema en su Sentencia³³
44. De este modo, no parece a esta Fiscalía que la supuesta escasez “artificial” de espectro esgrimida en la consulta genere efectos anticompetitivos, por cuanto, como ya anunció Subtel, existirá un nuevo concurso y una reorganización en la Banda 3.5 próximamente³⁴, en el que se podrá incorporar

³³ Considerando 16º

³⁴ En la noticia publicada en Diario Financiero con fecha 11 de noviembre de 2020, titulada “*Hutt y Gidi destacan a nuevo competidor y anuncian segunda etapa para banda 3,5 GHz*”, se destaca, al

el espectro devuelto por Entel y Claro en esa banda, y cuya materialización se prevé para octubre de 2021, como antes se señaló.

45. Entonces, nuevamente, el diseño de los Concursos Públicos 5G no es la causa que explique esta aparente escasez de espectro que enfrentarían los agentes de cara al concurso, sino que corresponde a factores exógenos, como los procesos de devolución de espectro y recursos judiciales aún pendientes, propiciados por los propios operadores del sector.

IV. ¿La división del espectro a asignar (bloques) excluiría injustificadamente a competidores en ciertos concursos y otorgaría ventajas anticompetitivas a algunos operadores en otros concursos?

46. Como se desprende de la formulación de esta observación en la consulta, la misma se puede subdividir en dos argumentos: (i) división de bloques mayores a lo que era necesario, excluyendo injustificadamente a ciertos agentes, en las Bandas 700 y AWS; y, (ii) división del espectro total disponible en bloques demasiado pequeños de 10 MHz en la Banda 3.5, lo que propendería a asignaciones ineficientes que no permitirán a los operadores contar con anchos de banda suficientes para un buen despliegue de la tecnología 5G. Ambas variantes se analizarán a continuación por separado.

A. División de bloques en las Bandas 700 y AWS

47. La consulta de Movistar señala que los respectivos concursos optaron por un solo bloque de mayor tamaño al necesario en lugar de subdividirlo en más bloques (un bloque de 20 MHz en la Banda 700, en lugar de dos bloques de 10 MHz y un bloque de 30 MHz en la Banda AWS, en lugar de tres bloques de 10 MHz), lo que hubiera permitido que más operadores optaran por espectro, siendo además técnicamente factible. De hecho, respalda su postura

final de la misma, que: *“se está trabajando en la reorganización del espectro en esta banda [3.5] y que, para evitar nuevas judicializaciones, se hará una vez finalizado el concurso. Eso sí, anunció que en esa frecuencia habrá una segunda etapa de licitación en la que se ofrecerán más espectro para los operadores”*. Noticia disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/hutt-y-qidi-destacan-a-nuevo-competidor-y-anuncian-segunda-etapa-para/2020-11-19/194131.html> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

indicando una serie de argumentos técnicos en base a los cuales sería posible prestar un símil de los servicios 5G a través de la tecnología *Dynamic Spectrum Sharing* (“DSS”) con tales bloques de menor ancho de banda.

48. A este respecto, cabe reiterar el principio general que rige en esta materia, que fue señalado *supra*: que es Subtel el órgano mejor posicionado para decidir la oportunidad (momento) y cantidad (bloques) de espectro a concursar según sus consideraciones de política pública y análisis técnicos, teniendo espacio en esa decisión las autoridades de libre competencia para corregir posibles efectos anticompetitivos, no pudiendo convertir tal revisión en una sustitución del juicio técnico y regulatorio de la autoridad sectorial.
49. Así, esta Fiscalía considera, en primer término, que esta decisión no puede considerarse sorpresiva o intempestiva, dado que venía siendo anunciada desde al menos la época de discusión de la fijación de caps (2018)³⁵.
50. En segundo lugar, particularmente para la Banda 700, la decisión tiene un sustento técnico evidente, dado que las bases de este concurso exigen la implementación de servicios en tecnología “LTE Advanced Pro” o “5G” y, la primera de éstas, según las versiones 13 y 14 lanzadas por la 3GPP³⁶, recomiendan un ancho de banda de 20 MHz en la Banda 700, lo que es coherente con la decisión adoptada por Subtel.
51. Finalmente, cabe señalar que no parece absolutamente indispensable exigir que los bloques de 700 y AWS fueran divididos para permitir la entrada de nuevos actores, porque los operadores incumbentes tradicionales ya cuentan con espectro en esas macrobandas y, como este H. Tribunal sabe, la fijación

³⁵ Así, en el Informe elaborado por la Universidad de Chile, titulado “Consideraciones para una política de límites máximos de espectro”, p. 20, acompañado por Subtel mediante presentación de fojas 1732 en la causa Rol NC-448-2018 seguida ante este H. Tribunal, se señala, en relación a la Banda 700 MHz: “Al respecto, una manera prudente para que un cuarto operador obtenga espectro en las bandas bajas es reservar el bloque de 20MHz en la banda 700MHz para un operador sin espectro en ésta”.

³⁶ “3rd Generation Partnership Project”, es una colaboración internacional de grupos de asociación de telecomunicaciones, cuya función es colaborar en la especificación de estándares en el marco del proyecto internacional de telecomunicaciones móviles del año 2000 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (“UIT”).

de caps tendió a fijar porcentajes máximos que permitieran la existencia de, al menos “cuatro operadores creíbles”³⁷, objetivo que ya se alcanza con esta división de bloques. Del mismo modo, esta Fiscalía considera que a pesar de concursarse un solo bloque en estas bandas, se mantiene igualmente la intensidad competitiva en los concursos en conjunto, pues existe consenso en que para prestar servicios 5G se requiere un “portafolio de espectro”, y, precisamente, los Concursos Públicos 5G ofrecieron una combinación razonable de bandas bajas, medias y altas, donde no sólo los operadores incumbentes -que ya poseen asignaciones en tales bandas- podrían tener interés en participar para obtener el espectro del que carecieran, sino también nuevos operadores que carecieran de asignaciones en las Bandas 700 y AWS, pudiendo obtener un portafolio adecuado que complementar con las asignaciones en la Banda 3.5.

52. Estas proyecciones, de hecho, se tendieron a materializar si se observan los resultados preliminares de la presentación de ofertas en la fase técnica de los concursos, donde: (i) ni Movistar, ni Entel ni Claro postularon efectivamente³⁸ al concurso por la Banda 700, donde sí postularon un entrante absoluto - Borealnet S.A.- y un operador presente en el país que carecía de asignaciones en dicha banda -WOM-; y, (ii) en la Banda AWS, WOM y Claro presentaron ofertas³⁹; y sólo la primera de estas empresas contaba con espectro en dicha banda.

53. En definitiva, esta Fiscalía considera que esta observación cuestiona aspectos de mérito del diseño de los Concursos Públicos 5G, por lo que, si bien los argumentos son debatibles, no se está frente a un hecho, acto o contrato que pueda contravenir las recientes decisiones sobre asignación de espectro o generar riesgos anticompetitivos, existiendo resguardos -v.gr. existencia de caps- que operan para mitigar tales efectos. Asimismo, la configuración de la

³⁷ Inciso b) del considerando Décimo Sexto de la Resolución Rol N° 181-2020 de la Excm. Corte Suprema, de 13 de julio de 2020.

³⁸ Como se indicó en la Tabla N° 2 de este documento, Movistar y Claro figuran con ofertas *incompletas* en el Concurso de la Banda 700, vale decir, no acompañaron documentos de respaldo ni garantías de seriedad de la oferta.

³⁹ Por su parte, Movistar figura en este Concurso con una oferta *incompleta*, vale decir, que no incluyó documentación de respaldo ni garantía de seriedad de la oferta.

distribución espectral entre los operadores hacía predecibles relevantes grados de interés y rivalidad en los concursos por estas bandas, las que si se contrastan con los resultados preliminares de las ofertas, pueden considerarse como confirmados o ratificados.

B. División de bloques en la Banda 3.5

54. En esta materia y al contrario de lo señalado para las Bandas 700 y AWS, Movistar indica que dividir el espectro disponible en esta banda (150 MHz) en 15 bloques de 10 MHz, sumado a una licitación combinatorial de primer precio a sobre cerrado, no asegura, ni genera los incentivos correctos, para que los postulantes se adjudiquen el máximo de bloques contiguos eficientes que es posible asignar, dada la cantidad de espectro que es objeto del concurso.
55. Al respecto, cabe indicar en primer lugar que, si bien se recomienda que para el despliegue efectivo de la nueva tecnología se asignen bloques contiguos de al menos 80 MHz por operador, la división en múltiples bloques de 10 MHz no implica que sea lo que único que se asigne cada operador, sino que -al contrario- es un mecanismo que permite optimizar la cantidad de bloques a asignar a múltiples adjudicatarios según la valoración que cada operador le da a diferentes cantidades y ubicación en el espectro, según considere necesarios para su proyecto comercial, lo cual no necesariamente equivale, en todos los casos, a contar con un bloque de 80 MHz contiguo. La división en bloques pequeños permite lograr más posibles combinaciones eficientes que simplemente la de concursar, por ejemplo, tres bloques de 50 MHz contiguos o sólo dos bloques de 80MHz en las distintas partes del ancho de banda concursado (150 MHz en este concurso).
56. Esto debe asociarse además a que: (i) ya existen asignaciones previas en esa banda, cuyos titulares pueden complementar con bloques de menos de 50 u 80 MHz; y, (ii) próximamente se realizará una nueva asignación en la misma banda, por lo que el resultado de este concurso no define de forma absoluta la distribución que finalmente tendrá este espectro para prestar servicios 5G.

57. De hecho, si se observa la experiencia comparada, la división de bloques planteada en el concurso de la Banda 3.5 no solo no es inédita, sino que incluso, son frecuentes licitaciones por bloques más pequeños (5 MHz), como se aprecia en la siguiente tabla, a pesar de que el espectro total a asignar era similar o mayor al considerado por Subtel en este concurso:

Tabla N° 4. División de bloques Banda 3.5 en licitaciones de España y Reino Unido

País	Banda	Cantidad	Tamaño del bloque	Cap	Resultado	
España (2018)	3,6-3,8 GHz	200 MHz	5 MHz	120 MHz (en la banda)	Empresa	MHz
					Orange	60
					Telefónica	50
					Vodafone	90
Reino Unido	3,4 GHz	150 MHz	5 MHz	340 MHz (total espectro disponible)	Empresa	Mhz
					EE Limited	40
					Hutchinson 3G UK Limited	20
					Telefonica UK Limited	40
	Vodafone Limited	50				
	3,6 a 3,8 GHz	120 MHz	5 MHz	416 MHz (total espectro disponible)	Por realizarse	

Fuente: Elaboración propia en base a documento citado⁴⁰.

58. Como se observa de dichos ejemplos, existe además una asimetría entre los anchos de banda solicitados y asignados a cada operador. Incluso, de estos sólo un operador por país ha obtenido un bloque de 80 MHz contiguos de espectro, la empresa Vodafone en España y Hutchinson 3G en Reino Unido. La asignación específica se relaciona, entonces, con el proyecto comercial diseñado por cada operador.
59. Desde esta perspectiva, incluso más relevante que el ancho de banda de cada bloque, es el hecho de que los bloques asignados a un mismo operador sean contiguos, lo que fomenta la eficiencia espectral. Por ende, también cabe analizar el diseño de las Bases desde este enfoque.

⁴⁰ GSMA, “5G y el Rango 3,3-3,8 GHz en América Latina”, noviembre 2020. Disponible en: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2020/11/5G-and-3.5-GHz-Range-in-Latam-Spanish.pdf> [última visita: 21 de diciembre de 2020].

60. En este sentido, en el Informe de Preguntas y Respuestas respecto a las Bases del concurso de la Banda 3.5⁴¹, específicamente en la respuesta a la pregunta N° 193, referida al artículo 30 de las bases, Subtel indica lo siguiente:

“1) El mecanismo de licitación asegura que los bloques sean contiguos, a excepción del caso en que un postulante solicite espectro en la parte baja y alta de la banda al mismo tiempo”.

61. Entonces, desde esta perspectiva, nuevamente se observa que el diseño de las bases adopta resguardos para intentar mitigar escenarios de ineficiencia espectral, como son los derivados de adjudicar bloques discontinuos, considerando que efectivamente se están licitando dos secciones separadas de la Banda 3.5 (una de 50 y otra de 100 MHz). Por tanto, el diseño previsto en las bases del concurso aplica una optimización en la asignación que propende a adjudicar bloques contiguos, lo que resta relevancia al factor del tamaño mínimo de cada bloque. Por el contrario, este hecho facilita posibles reordenamientos posteriores y futuras transacciones de concesiones.

62. Más allá del alcance del mismo concurso en la Banda 3.5, cabe indicar que la situación que enfrenta nuestro país en dicha banda -con asignaciones vigentes previas para otros servicios, junto con nuevo espectro a concursarse- tampoco es inédita y la enfrentan muchos países, los que han llegado al consenso de que es necesario acometer procesos de reordenamiento de esta banda. Así por ejemplo se observa de las experiencias de España⁴² y el Reino Unido⁴³, donde, de cara a los nuevos concursos 5G, la Banda 3.5 ya contaba con operadores con asignaciones preexistentes para la prestación del servicio de banda ancha fija inalámbrica (BAFI), por lo que el diseño de las subastas habilitaba a que una vez concluidas éstas y asignado el espectro para servicio 5G, las empresas ganadoras negociaran e intercambiaran los bloques

⁴¹ Aprobado por Resolución Exenta Subtel N° 1747, de 28 de septiembre de 2020.

⁴² De acuerdo a lo señalado en el Informe de estandarización y despliegue de 5G, disponible en: http://apiem.org/images/contenidos/2020/APIEM_News/APIEM_News_27_de_julio/200723_AAFF-INFOestandarizacionDespliegue5G.pdf [última visita: 21 de diciembre de 2020]

⁴³ Explicado en el documento “5G y el Rango 3,3-3,8 GHz en América Latina”, disponible en: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2020/11/5G-and-3.5-GHz-Range-in-Latam-Spanish.pdf> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

obtenidos para conseguir su contigüidad, reduciendo de este modo la fragmentación en su tenencia de espectro para el despliegue de 5G⁴⁴.

63. En el caso de nuestro país y tal como fue señalado *supra*⁴⁵, Subtel declaró su intención de ejecutar un reordenamiento de la Banda 3.5 a propósito de un futuro concurso⁴⁶, en el que se proponía, *“invitar a participar a los actuales concesionarios de la referida sub-banda, estableciendo que se realizará un reconocimiento del espectro que sea puesto por ellas a disposición del concurso. De este modo, se logrará, no sólo aumentar el espectro disponible para licitar de 50 MHz a hasta 250 MHz, sino que también permitirá que los bloques de frecuencias asignados se ordenen de modo tal que permita el uso más eficiente del espectro”*⁴⁷. Sin embargo y como también fue ya señalado, esta materia forma parte de un asunto sometido a conocimiento judicial por parte de la consultante y, ante la incertidumbre respecto de su resultado, Subtel optó por separar la asignación de esta banda en dos concursos.
64. Sin embargo, resultaría en todo caso deseable que, autoridad y regulados acometieran este proceso de reordenamiento en base a mesas técnicas donde puedan consensuar los aspectos técnicos vinculados a tal proceso, resguardando la mayor eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico. Ello no obsta a que el mismo pueda ser ejecutado a propósito de un nuevo concurso

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el caso del Reino Unido, el documento de la OFCOM -regulador de telecomunicaciones- denominado *“Statement on the final regulations for the award of spectrum in the 700 MHz and 3.6- 3.8 GHz frequency bands”*, ilustra las medidas tomadas por la autoridad conductentes a reducir la fragmentación del espectro, teniendo presente su preferencia por bloques de 80 MHz contiguos. Así, la posibilidad de comerciar con bloques de espectro después de que se haya adjudicado el espectro, posibilita a los operadores a alcanzar dichos bloques contiguos y reducir la fragmentación en su posesión de espectro. Documento disponible en: [Statement on the final regulations for the award of spectrum in the 700 MHz and 3.6-3.8 GHz frequency bands \(ofcom.org.uk\)](https://www.ofcom.gov.uk/consult/condocs/spectrum/spectrum19/spectrum19_statement_on_the_final_regulations_for_the_award_of_spectrum_in_the_700_mhz_and_3.6-3.8_ghz_frequency_bands.pdf). [última visita: 21 de diciembre de 2020]

⁴⁵ Párrafos 35 y 36 de este aporte de antecedentes.

⁴⁶ Tal intención seguiría vigente, según declaraciones de la misma Subtel en medios de prensa: *“se está trabajando en la reorganización del espectro en esta banda [3.5] y que, para evitar nuevas judicializaciones, se hará una vez finalizado el concurso. Eso sí, anunció que en esa frecuencia habrá una segunda etapa de licitación en la que se ofrecerán más espectro para los operadores”*. Noticia disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/hutt-y-gidi-destacan-a-nuevo-competidor-y-anuncian-segunda-etapa-para/2020-11-19/194131.html>. [última visita: 21 de diciembre de 2020]

⁴⁷ Se agrega en el párrafo siguiente, que “en relación con el reconocimiento, éste podrá considerar variables como la cobertura geográfica del espectro radioeléctrico, la cobertura del servicio en términos relativos a la población que los utiliza, el tiempo remanente de la concesión vigente, entre otras”. Fuente: consulta ciudadana “Concurso 5G en Chile”, de fecha 11 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/participacion-ciudadana/consultas-ciudadanas/>. [última visita: 21 de diciembre de 2020]

-en que los actuales adjudicatarios de la Banda 3.5 pongan a disposición sus actuales asignaciones, a cambio de un reconocimiento en el nuevo concurso- si es que la contingencia judicial que rodea esa alternativa es resuelta en un sentido que la permita.

65. En consecuencia, a efectos de lo que resulta pertinente en el marco de esta consulta, esta Fiscalía considera que el diseño adoptado por Subtel en las bases del concurso de la Banda 3.5, en lo relativo a la división del espectro disponible en 15 bloques de 10 MHz cada uno, está dentro de los márgenes de su discrecionalidad técnica y de política pública, que no es inédito o sin precedentes si se observa la experiencia comparada -donde incluso existen subdivisiones en 5 MHz, como fue señalado- y que no se observa cómo podría restringir la intensidad competitiva en el concurso en sí.
66. De hecho, como fue observado, independiente de la cantidad de bloques, las bases del concurso aseguran que el espectro que obtengan los oferentes ganadores será contiguo⁴⁸. Si Movistar, por su parte, apunta a la falta de contigüidad considerando las asignaciones preexistentes en la Banda 3.5, cabe señalar que tal aspecto puede ser corregido con una reorganización o reordenamiento posterior a ejecutado el concurso, tal como ha indicado Subtel. Por tanto, no es una circunstancia que amerite postergar o modificar el concurso, que podría igualmente materializarse sin riesgos relevantes para la libre competencia.

V. ¿Las bases de los Concursos Públicos 5G otorgarían ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 e infringirían la orden de la Excma. Corte Suprema en cuanto ordenan privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño?

67. En esta materia, vinculada principalmente al alcance de las concesiones ya existentes en la Banda 3.5 y utilizadas para prestar servicios fijos inalámbricos por los operadores que las detentan -Entel y Claro en carácter nacional; VTR

⁴⁸ A excepción del caso en que un postulante solicite espectro en la parte baja y alta de la banda al mismo tiempo, como precisó Subtel en la fase de preguntas y respuestas a las bases del concurso.

y GTD en algunas regiones- así como las posibilidades de redirigir su uso para prestar servicios en tecnología 5G, así como el proceso o transición que esas asignaciones deban cumplir para alcanzar ese fin, la misma consulta señala que es objeto de un recurso judicial incoado por la misma Movistar ante la Excm. Corte Suprema, actualmente pendiente de resolución⁴⁹.

68. En el mismo sentido, esta Fiscalía entiende que también es parte de las materias sometidas a conocimiento de la Excm. Corte Suprema aquella vinculada con el régimen de asignación de espectro basado en el principio de neutralidad de los servicios, el que, según la consulta, generaría riesgos anticompetitivos si no son adoptadas medidas para nivelar la cancha entre los distintos operadores.
69. En ambas materias, al ser asuntos actualmente sometidos a competencia de tribunales y que están pendientes de resolución, no se considera procedente que este H. Tribunal emita un pronunciamiento, por aplicación del artículo 32 del Decreto Ley N° 211 (DL 211)⁵⁰, dado que, al emitir la resolución de término respectiva, opera el desasimio de este H. Tribunal y la consulta no agrega nuevas circunstancias que justifiquen una revisión de lo resuelto.
70. Sin perjuicio de lo anterior, esta institución ya emitió su opinión sobre la materia, en el marco del proceso consultivo en que se generó la Resolución N° 62/2019 de este H. Tribunal⁵¹, descartando que se genere algún riesgo significativo para la competencia la posible ventaja temporal que podrían llegar a tener las empresas Claro y Entel en el caso de lograr el cambio de uso del

⁴⁹ Recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución N° 62/2019 de este H. Tribunal, que actualmente se tramita en la causa Rol 125.656-2020 de la Excm. Corte Suprema, caratulada "Telefónica Chile S.A./Tribunal de Defensa de la Libre Competencia".

⁵⁰ "Artículo 32º.- Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación. En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieran lugar".

⁵¹ Aporte de antecedentes de fecha 18 de febrero de 2019.

espectro que ya tienen asignado en la Banda 3.5 y desplegar servicios en tecnología 5G antes que otros operadores adjudicatarios de este Concurso.

71. Cabe también precisar que, en otra línea argumental esbozada en la consulta, Movistar mezcla el objeto o acto consultado -que serían las bases de los Concursos Públicos 5G- con otro acto de origen y naturaleza diversa, como es el denominado “Informe de Factibilidad” de Subtel⁵², que es previo a ellas.
72. Movistar afirma que ese Informe infringiría la orden expresa de la Excma. Corte Suprema de privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño, realizando un análisis de factibilidad de que los operadores existentes puedan prestar el servicio concesionado con sus frecuencias ya disponibles o asignadas.
73. A este respecto, como la misma consulta explica, este instrumento no emana directamente del diseño de los Concursos Públicos 5G, sino que se desprende del fallo de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 181-2020, donde dicha magistratura ordenó a Subtel que:

“e) Antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño”.
74. A este respecto, Movistar critica el análisis efectuado por Subtel en el indicado Informe de Factibilidad, que habría permitido la participación de dos de los actuales adjudicatarios en la Banda 3.5 (Entel y Claro) en el actual concurso 5G, con un análisis que considera débil y poco coherente en sí mismo, por ejemplo, por no considerar adecuadamente el efecto de las Resoluciones de Congelamiento⁵³ y Complementaria⁵⁴ al momento de computar el espectro disponible de esas empresas en la Banda 3.5 y también al no aplicarles a dichos concesionarios el mismo estándar que a VTR, a quien excluyó de la

⁵² Resolución Exenta Subtel N° 1331 de 11 de agosto de 2020.

⁵³ Resolución Exenta Subtel N°1289, de 19 de junio de 2018.

⁵⁴ Resolución Exenta Subtel N°1953, de 28 de septiembre de 2018.

participación en el concurso por la Banda AWS por no darle un uso intensivo a sus actuales asignaciones en esa misma banda.

75. Sin embargo, a este respecto, esta Fiscalía considera que, por una parte, la misma Movistar ha ejercido recursos para impugnar dicho acto en sede administrativa -recurso de reposición con jerárquico en subsidio- los que aún se encuentran pendientes de resolución. Adicionalmente, si Movistar u otro interviniente consideran que lo señalado en ese informe genera efectos anticompetitivos en los Concursos, lo procedente hubiera sido que llegara a conocimiento de este H. Tribunal por la vía contenciosa.
76. Nuevamente, entonces, se está frente a un acto que configura una circunstancia exógena al diseño mismo de las bases de los Concursos 5G, que es el objeto consultado, por lo que emitir pronunciamientos en la materia excedería los alcances de esta consulta.

VI. ¿Limitan injustificadamente la competencia las bases de los Concursos Públicos 5G, al forzar una licitación y utilizar un mecanismo de adjudicación combinatorial de primer precio?

77. El análisis de esta observación de la consulta se dividirá en: (i) breve descripción del modelo de asignación empleado en los Concursos Públicos 5G; (ii) observaciones de Movistar; y, (iii) conclusiones de esta Fiscalía.

A. Modelo de asignación empleado en los Concursos Públicos 5G

78. En términos generales, tal como se ha venido realizando en precedentes concursos por asignación de derechos de uso de espectro radioeléctrico, el diseño empleado en los Concursos Públicos 5G es uno que contiene una fase con requerimientos e indicaciones técnicas que permiten a los operadores presentar diversos programas de despliegue para las zonas previstas en las bases, con plazos e inversiones programadas, a las que se asigna un puntaje específico (esquema “*beauty contest*”). Ahora bien, y en aplicación de lo

indicado en el artículo 13 C de la Ley N° 18.168⁵⁵, en caso de empate en lo referido a condiciones técnicas, el concurso se resuelve por licitación entre los agentes que hayan quedado en igualdad en lo referente a tales condiciones.

79. En lo referido a esa segunda eventual fase de licitación, en términos generales, el esquema planteado por Subtel es una asignación de primer precio (oferta económica) a sobre cerrado. Sólo en el concurso de la Banda 3.5, el mecanismo de adjudicación considera un diseño combinatorial de ofertas económicas, también de primer precio en sobre cerrado.
80. En el caso específico de las Bandas 700 y AWS, por tratarse de un solo bloque de espectro, el que califique en primer lugar por su proyecto de despliegue de red será el ganador del concurso⁵⁶. Si se produce un empate en el primer lugar, se llama a licitación entre los agentes en dicha posición, siendo la mayor oferta económica (a primer precio y sobre cerrado) la que resultará ganadora. De presentarse un nuevo empate, podrán presentar una nueva oferta económica, que deberá ser igual o mayor que la anterior⁵⁷.
81. Por su parte, en el concurso de la Banda 26, por tratarse de cuatro concesiones a otorgar en las comunas respectivas, se asignarán directamente las concesiones a los postulantes que terminen en el primer lugar del ranking si su número es igual o menor a cuatro y aquellos que cumplen con los requisitos mínimos. Si el número de postulantes empatados en la evaluación técnica fuese superior a cuatro, se procederá a realizar un proceso de licitación, en los términos descritos precedentemente⁵⁸.

⁵⁵ Disposición que, en lo pertinente, indica lo siguiente: *“El concurso se resolverá asignándose la concesión o permiso al postulante cuyo proyecto, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, ofrezca las mejores condiciones técnicas que asegure una óptima transmisión o excelente servicio. Si hubiere dos o más postulantes en igualdad de condiciones, se resolverá la asignación entre éstos, mediante licitación.”*

⁵⁶ Artículo 27, numeral 5, Bases de los Concursos Banda 700 y AWS: *“La Comisión Evaluadora determinará la identidad del postulante que resulte ganador del Concurso y, en consecuencia, deba ser propuesto a la ministra como asignatario de la concesión. Si sólo una de las postulaciones se ubicó en el primer lugar del ranking o listado, la Comisión propondrá a ese participante como ganador del Concurso.”*

⁵⁷ Artículo 27, numeral 5, inciso segundo, y artículo 32 de las bases del Concurso de la Banda 700 y del Concurso de la Banda AWS.

⁵⁸ Artículo 27, numerales 4 y 5, de las bases del Concurso de la Banda 26.

82. Por último, como se señaló, en el concurso de la Banda 3.5 la licitación en caso de empate en la evaluación de proyectos será combinatorial de primer precio a sobre cerrado⁵⁹, donde la asignación recaerá en la combinación de ofertas que genere la mayor recaudación fiscal. En el caso de que se presente un empate, es decir, que existan dos o más combinaciones óptimas, Subtel seleccionará la combinación que distribuya el espectro entre más competidores y genere menores diferencias entre ellos. Si el empate continúa, los empatados en las ofertas económicas más altas podrán presentar una nueva oferta en sobre cerrado, en un procedimiento similar al ya descrito. La oferta realizada en este nuevo proceso deberá ser mayor o igual a la anterior. El proceso se repetirá hasta que exista una oferta ganadora.
83. Según lo señalado por Subtel en las bases del concurso de la Banda 3.5, mediante la maximización de la recaudación fiscal espera asignar cada bloque disponible a aquellos operadores que manifiesten una mayor disposición a pagar por él, concluyendo, de este modo, con bloques asignados a aquellos operadores que más los hayan valorado y que, al mismo tiempo, hayan cumplido a cabalidad con las bases técnicas, las que aseguran excelencia de servicio en el mercado final.

B. Observaciones de Movistar al modelo de asignación empleado en los Concursos Públicos 5G

84. En primer término, cabe precisar que las observaciones de Movistar se refieren sólo al diseño implementado en las bases del concurso de la Banda 3.5, en lo referente a tratarse de una licitación “combinatorial de primer precio a sobre cerrado”. Dichas observaciones pueden resumirse del siguiente modo:
- a. El mecanismo de sobre cerrado y a primer precio, tiene como única “virtud”, una eventual maximización de la recaudación fiscal, finalidad que no se contempla en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, como uno de los objetivos de los concursos de asignación de derechos de uso de espectro radioeléctrico.

⁵⁹ Artículo 32, inciso c) de las bases del Concurso de la Banda 3.5.

- b. Que dicho mecanismo generaría efectos negativos desde el punto de vista de la competencia por la cancha y en la cancha, siendo por ello que este tipo de subasta fueron ampliamente reemplazadas en Europa y los Estados Unidos por las modalidades *Simultaneous Multi-round Ascending* (SMRA por sus siglas en inglés) o *Clock Auctions* (sean o no en formato combinatorial).
 - c. Presentan un alto riesgo de que algunos operadores se adjudiquen “mucho” espectro y otros “muy poco”, o inclusive, que algunos no se adjudiquen espectro alguno, lo que impediría ofrecer nuevos servicios a los consumidores, suavizando así la competencia en la cancha. Indica que ello se producirá porque los licitantes, al no conocer el precio que ofrecen sus rivales, intentarán predecir la valoración que éstos hacen sobre el espectro subastado, predicción que es -en mayor o menor grado- imprecisa, lo que se reflejará en ofertas cuyo precio se apartará de la real valoración que los operadores asignan al espectro o, en otras palabras, en ofertas cuyo precio se apartaría del “precio de mercado” del espectro.
 - d. Que, entonces, el mecanismo adoptado presenta riesgos de generación de precios altos y asimétricos, distorsionando la habilidad de los agentes para invertir aguas abajo. En efecto, el mecanismo combinatorial de primer precio a sobre cerrado estaría diseñado para que los oferentes se equivoquen y no tengan espacio para corregir sus errores de valoración, generando resultados ineficientes que afectan el proceso competitivo.
85. Concluye la consulta señalando que, como fruto de combinaciones de valoraciones erróneas de los oferentes, el espectro será asignado a diferentes precios, de manera ineficiente, limitando injustificadamente la competencia en desarrollar 5G. En efecto, dada la alta incertidumbre acerca de la valoración del espectro y la similitud de los proyectos comerciales de los oferentes, éstos se beneficiarían de un proceso de licitación iterativo en el que pueden observar cómo la demanda agregada responde al incremento gradual del precio.

C. Análisis de esta Fiscalía

86. De lo señalado por Movistar cabe indicar, en primer término, que es efectivo que las subastas de ronda única a primer precio con sobre cerrado no son el diseño óptimo para este tipo de licitaciones, pues los oferentes, al no contar con el beneficio de la información de las ofertas de los otros participantes, hacen sus ofertas “a ciegas”, lo que tiene consecuencias no intencionales ni deseadas en la asignación del espectro⁶⁰. En efecto, en la revisión de la literatura relevante no se encontraron experiencias de asignación de espectro a través de subastas de ronda única⁶¹.
87. Es efectivo que este diseño de licitación no permite evitar que los oferentes pueden terminar pagando mucho más de lo que necesitarían para superar a las otras ofertas, o realizar ofertas más bajas de las que se haría en otra situación, con el objetivo de no pagar de más, corriendo así el riesgo de no adjudicarse frecuencias a pesar de ser valoradas. Esta situación puede terminar en una *maldición del ganador*, por la que el espectro se asigna ineficientemente al oferente que es más optimista en el contexto de incertidumbre, pero que no necesariamente puede crear más valor con él⁶², así como pagos asimétricos por bloques equivalentes de espectro para los futuros concesionarios
88. Tal como señala Movistar, efectivamente estos problemas pueden ser resueltos por las subastas de múltiples rondas, las cuales han sido adoptadas en la experiencia comparada para la adjudicación de frecuencias de espectro⁶³ desde hace más de 25 años.

⁶⁰ Ver Milgrom, P. (2004). Getting to Work. In Putting Auction Theory to Work (Churchill Lectures in Economics, pp. 1-34). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511813825.004, y Cramton, P. (2017). Spectrum Auction Design. In M. Bichler & J. Goeree (Eds.), Handbook of Spectrum Auction Design (pp. 141-169). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316471609.008

⁶¹ Ver en Bichler, M., & Goeree, J. (2017). Preface. In M. Bichler & J. Goeree (Eds.), Handbook of Spectrum Auction Design (pp. Xiii-Xviii). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316471609.001

⁶² En concordancia con lo señalado por el documento de la GSMA “Mejores prácticas en subastas de espectro” de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2019/05/Auction-Best-Practice-SPA.pdf> [última visita: 23 de diciembre de 2020]

⁶³ Ibid.

89. Sin embargo, aunque los riesgos señalados por Movistar en relación con el diseño adoptado en las bases del concurso de la Banda 3.5 parezcan plausibles, esta Fiscalía considera que los mismos no tienen la magnitud necesaria para ameritar que este H. Tribunal ordene medidas que obliguen a corregir dicho diseño y/o retrotraer este concurso. Ello en razón de las siguientes consideraciones, referidas en general a la existencia de circunstancias específicas que mitigan significativamente la posibilidad que una asignación sub-óptima en este concurso genere efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, de prestación de servicios finales.
90. En primer lugar, como ya ha sido señalado por este H. TDLC en su Resolución N° 62/2020, contar con una concesión en la Banda 3.5 no es indispensable para iniciar un despliegue compatible con la red 5G⁶⁴. Agregó el H. Tribunal en este sentido, que “(...) *considerando la especificidad de los servicios 5G, las necesidades de espectro radioeléctrico y las de infraestructura, se puede concluir que las incumbentes del mercado de telecomunicaciones móviles -y no solamente las concesionarias de servicios fijos inalámbricos- podrían desplegar infraestructura compatible con la red 5G en bandas de frecuencias por debajo de los 3 GHz, que son las que actualmente cuentan con asignaciones móviles*”⁶⁵.
91. Este desarrollo de infraestructura compatible con la red 5G podría efectuarse con la tecnología señalada por la propia consultante, denominada *Dynamic Spectrum Sharing (DSS)*, tecnología que permite compartir en una misma portadora, y con un mismo equipamiento, tecnologías 4G y 5G.
92. En efecto, de acuerdo con los antecedentes recabados por esta Fiscalía, la tecnología DSS permite a los operadores utilizar el espectro existente que está en uso por la tecnología LTE para ofrecer servicios 5G sin tener que

⁶⁴ Considerando 165.

⁶⁵ Considerando 166.

fragmentar el espectro o hacer un *refarming*⁶⁶ del mismo, permitiendo a la operadora tener una transición más pausada hacia el 5G. Con DSS ambas tecnologías -4G y 5G- operan simultáneamente, compartiendo dinámicamente una banda de frecuencias, lo que hace más rentable el despliegue de 5G al usar más eficientemente el espectro, como se muestra en la Figura N° 1.

Figura N°1. Diagrama *Dynamic Spectrum Sharing*



Figura 1. Re-farming de espectro 4G

Fuente: Redes Móviles “*Dynamic Spectrum Sharing (DSS): un atajo para 5G*”⁶⁷

93. Dado que esta funcionalidad opera en las distintas bandas espectrales asignadas para LTE, cualquier operador nacional que cuenta con dichas bandas puede desplegar esta funcionalidad, pudiendo ofrecer así servicios 5G⁶⁸⁻⁶⁹. A modo de ejemplo, el operador Claro Brasil anunció su red 5G, la cual es implementada usando DSS en las bandas de 700MHz, 1800MHz y 2500MHz⁷⁰.

⁶⁶ *Refarming* del espectro se refiere a una reutilización o repoblamiento de las frecuencias con otras tecnologías diferentes de las inicialmente previstas, usualmente más modernas y que no estaban disponibles al momento del otorgamiento original de los derechos de uso del espectro.

⁶⁷ Disponible en [https://redesmoviles.com/5g/dss-un-atajo-para-5g/#:~:text=Dynamic%20Spectrum%20Sharing%\(DSS\)%20es,din%C3%A1micamente%20una%20banda%20de%20frecuencias](https://redesmoviles.com/5g/dss-un-atajo-para-5g/#:~:text=Dynamic%20Spectrum%20Sharing%(DSS)%20es,din%C3%A1micamente%20una%20banda%20de%20frecuencias) [última visita: 21 de diciembre de 2020].

⁶⁸ <https://www.nokia.com/blog/the-well-kept-secret-of-2g-3g-4g-5g-dynamic-spectrum-sharing/> (última revisión 21/12/2020)

⁶⁹ El Reporte de Movilidad de Ericsson de noviembre de 2020 señala, en su página 10, que durante este año la introducción del 5G se ha acelerado, con muchos desarrollos de red que incluyen entre otros el despliegue de DSS tanto para 5G Non Stand Alone como para Stand Alone que permite compartir LTE y 5G en el mismo operador. Informe disponible en: <https://www.ericsson.com/4adc87/assets/local/mobility-report/documents/2020/november-2020-ericsson-mobility-report.pdf> (última revisión 21/12/2020)

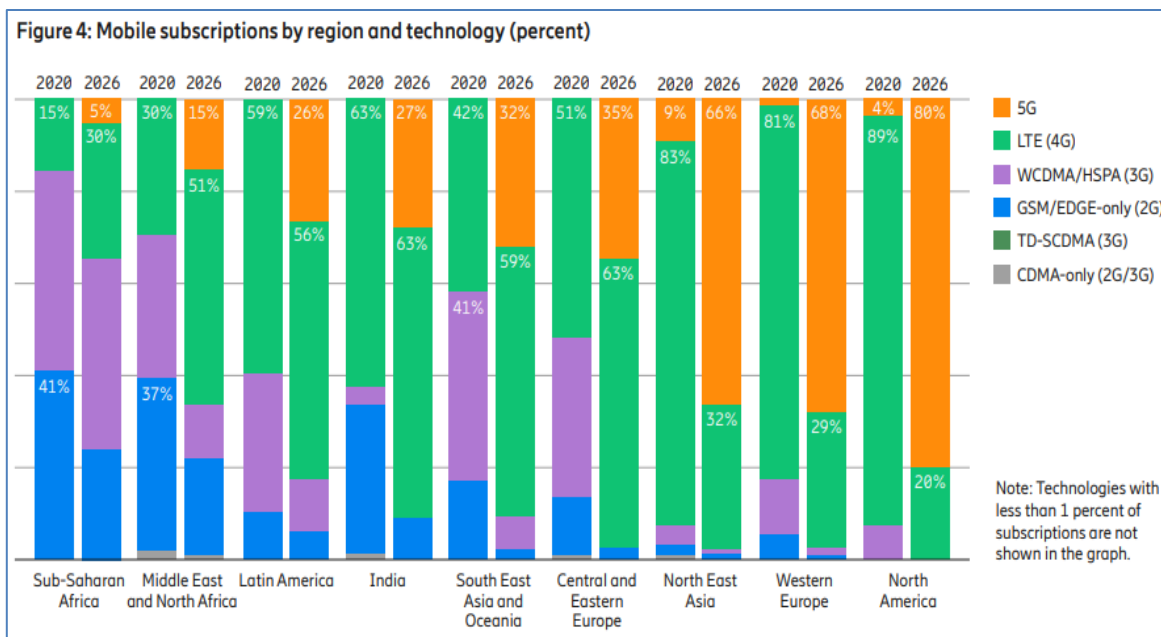
⁷⁰ Disponible en: [https://redesmoviles.com/5g/dss-un-atajo-para-5g/#:~:text=Dynamic%20Spectrum%20Sharing%20\(DSS\)%20es,din%C3%A1micamente%20una%20banda%20de%20frecuencias](https://redesmoviles.com/5g/dss-un-atajo-para-5g/#:~:text=Dynamic%20Spectrum%20Sharing%20(DSS)%20es,din%C3%A1micamente%20una%20banda%20de%20frecuencias) (última revisión 21/12/2020)

94. Estas consideraciones implicarían que, aún si un operador no lograra adjudicarse espectro en la Banda 3.5 -o muy pocos bloques- igualmente podría entregar servicios 5G. Entonces, la competencia *ex post* en servicios con tecnología 5G podrá desarrollarse no sólo entre quienes se adjudiquen bloques de espectro en esa Banda en este concurso, sino que también con aquellos operadores que tienen asignación en otras bandas utilizadas para 4G. De hecho, la propia Movistar cuenta con asignaciones en tales bandas y, en el extremo, incluso una asignación sub-óptima en este concurso no la excluiría de competir en este tipo de servicios.
95. En segundo lugar, la adopción de la nueva tecnología 5G será paulatina, tal cual como sucedió con la adopción del 4G. Como señaló el H. TDLC en su Resolución N° 62/2020, *“(...) se estima que durante el primer año de despliegue de la red 5G menos del 5% de los usuarios contará con un terminal móvil apto para 5G en Chile, y, para el tercer año, dicho porcentaje solo se elevaría hasta un 15% (informe de fojas 1724). Lo anterior sugiere, entonces, que existirá un espacio de tiempo considerable para que los competidores potenciales puedan desplegar infraestructura compatible con esta tecnología y puedan competir en la provisión de los servicios 5G”*⁷¹.
96. A mayor abundamiento, en el Reporte de Movilidad de Ericsson de noviembre de 2020 se señala que, de acuerdo con sus pronósticos, hasta el año 2026 la tecnología LTE seguirá siendo la dominante en América Latina⁷².

⁷¹ Considerando 174.

⁷² Página 6 del citado reporte.

Figura N° 2. Pronósticos desarrollo 5G Latam. *Ericsson Mobility Report*



Fuente: *Ericsson Mobility Report*, noviembre 2020.

97. Adicionalmente, como se señaló *supra*, Subtel ya ha anunciado que existirá un nuevo concurso y una reorganización en la Banda 3.5 próximamente⁷³; al cual es probable que se pueda incorporar el espectro devuelto por Entel y Claro en esa banda -cuya materialización está programada para octubre de 2021- y/o espectro que los actuales adjudicatarios en la Banda 3.5 puedan aportar, previo reconocimiento de sus asignaciones en el futuro concurso. Esto implica que aquellos operadores que eventualmente no se adjudiquen espectro en la Banda 3.5 en el presente concurso, lo puedan hacer de todos modos en uno futuro que desarrolle la autoridad.
98. En definitiva, si bien el mecanismo de licitación establecido en el concurso de la Banda 3.5 podría derivar en una asignación menos eficiente del espectro, esta Fiscalía considera que existen suficientes circunstancias adicionales que

⁷³ En la noticia publicada en Diario Financiero con fecha 11 de noviembre de 2020, titulada “*Hutt y Gidi destacan a nuevo competidor y anuncian segunda etapa para banda 3,5 GHz*”, se destaca, al final de la misma, que: “*se está trabajando en la reorganización del espectro en esta banda [3.5] y que, para evitar nuevas judicializaciones, se hará una vez finalizado el concurso. Eso sí, anunció que en esa frecuencia habrá una segunda etapa de licitación en la que se ofrecerán más espectro para los operadores*”. Noticia disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/hutt-y-gidi-destacan-a-nuevo-competidor-y-anuncian-segunda-etapa-para/2020-11-19/194131.html> [última visita: 21 de diciembre de 2020]

contribuyen a reducir los riesgos de tal asignación, por lo que la competencia por la prestación de servicios 5G no sería afectada significativamente.

VII. Conclusiones

99. En virtud del análisis realizado respecto de las objeciones que Movistar presenta en su consulta en relación a las bases de los Concursos Públicos 5G, esta Fiscalía puede concluir lo siguiente:
- a. Que los supuestos riesgos de arbitrio de información o de oportunismo de parte de los oferentes en los Concursos Públicos 5G que puedan exceder el cap con el resultado del concurso, o de indisponibilización ineficiente del espectro, que la consultante indica serían causados por el diseño de los concursos, han sido, en realidad, previstos y mitigados por el diseño de tales bases, las que replicaron y reforzaron la regla establecida en la sentencia de la Excm. Corte Suprema en la “consulta sobre caps”, que indicó la posibilidad de que la devolución efectiva del espectro en exceso de un cap se realizara dentro de seis meses desde la adjudicación de un nuevo concurso.
 - b. Por ende, cualquier subsistencia de tales riesgos no invalida el diseño de los concursos, sin perjuicio que resultaría deseable que Subtel mejore la disponibilidad de información pública disponible sobre asignaciones de espectro y sus límites, lo que podría realizar habilitando una plataforma pública y de actualización permanente con las asignaciones o títulos vigentes de uso de espectro en los rangos de bandas que están sujetos a los caps.
 - c. Que no es correcta la afirmación de la consultante en relación a que las bases de los Concursos Públicos 5G propendan a la “escasez artificial” y deliberada de espectro, por cuanto consta que la propia autoridad ha previsto planes para disponibilizar el mayor espectro posible. La oportunidad y plazos para ejecutarlo son materias bajo la esfera de sus competencias técnicas y de política pública. Sin perjuicio de ello, la

circunstancia de que en esta oportunidad no se haya puesto a disposición más espectro, puede explicarse más bien por circunstancias exógenas, como, por ejemplo, los plazos para la restitución de espectro y recursos judiciales pendientes presentados por la propia consultante, que generan cierto grado de incertidumbre sobre la viabilidad de algunos cursos de acción.

- d. Que las críticas relativas a los tamaños de los bloques a asignar en las Bandas 700 y AWS, mayores de lo que era técnicamente posible, como de una excesiva división de los 150 MHz a concursar en la Banda 3.5, no generan en este caso efectos anticompetitivos relevantes.
- e. En primer término, tales decisiones se circunscriben en el ámbito de competencias técnicas de Subtel, las que parecen a esta Fiscalía como previsibles, fundadas y con precedentes similares en la experiencia comparada. Además, no se afecta la intensidad competitiva en los concursos de las Bandas 700 y AWS, pues igualmente se permite la participación de incumbentes junto con la obligación de devolución de espectro dentro de un plazo determinado en caso de superar los caps establecidos, manteniendo un número relevante de potenciales oferentes.
- f. Asimismo, tratándose de la Banda 3.5, se observa que las bases adoptaron mecanismos que aseguran la contigüidad de los bloques asignados a un mismo operador, lo que promueve la eficiencia en el uso espectral, sin perjuicio de lo cual resultaría deseable un trabajo colaborativo entre autoridad y regulados para un reordenamiento *post-concurso* de las asignaciones en dicha banda.
- g. En cuanto a las supuestas ventajas anticompetitivas que beneficiarían a los actuales asignatarios de derechos de uso en la Banda 3.5, particularmente a través del denominado “Informe de Factibilidad” de Subtel, así como aquella relativa al régimen de neutralidad de servicios que se adoptaría sin resguardos para nivelar la cancha entre los actores, estos son aspectos ya resueltos por este H. Tribunal y actualmente sometidos a conocimiento de la Excma. Corte Suprema por la propia

consultante⁷⁴. Por tanto, no resulta procedente que esta Fiscalía emita un pronunciamiento, como tampoco que este H. Tribunal ordene la adopción de medidas sobre estas materias.

- h. Que si bien se podrían haber considerado otras alternativas en el diseño del mecanismo de licitación para zanjar el empate entre oferentes en el concurso de la Banda 3.5, y que tanto la literatura económica especializada como la práctica de otras agencias sectoriales indican que otros mecanismos reducirían los riesgos de generar el fenómeno de la *maldición del ganador* y de una asignación de espectro menos eficiente en múltiples sentidos, esta Fiscalía considera que tales riesgos no son de la entidad suficiente para ameritar una corrección del concurso ni menos su eventual anulación. En efecto, la factibilidad técnica de iniciar servicios con tecnología 5G incluso sin espectro en la Banda 3.5, así como la relativa certeza de que se disponibilizará más espectro en dicha banda en plazos próximos, son circunstancias que mitigan el impacto de tales riesgos.

100. En definitiva, esta Fiscalía considera que no se identifican riesgos relevantes para la competencia que se sigan necesariamente del diseño de las bases de los Concursos Públicos 5G, sea en la fase propiamente de concursos como *ex post* en el mercado aguas abajo. Por ende, no se considera necesario que este H. Tribunal ordene medidas para corregir y/o invalidar tales concursos, que ya han iniciado su materialización al presentarse oferentes, entre ellos, la propia consultante.

101. Adicionalmente, esta Fiscalía no puede dejar de advertir que observa con preocupación el excesivo nivel de litigiosidad que continúa exhibiendo esta industria, sea en materias contenciosas como no contenciosas, tal como la propia Excm. Corte Suprema ha tenido la oportunidad de declarar⁷⁵. Dicho

⁷⁴ Recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución N° 62/2019 de este H. Tribunal, que actualmente se tramita en la causa Rol 125.656-2020 de la Excm. Corte Suprema, caratulada “*Telefónica Chile S.A./Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*”.

⁷⁵ Como la propia consulta destaca, al citar la sentencia Rol N° 181-2020, en su considerando 41: “si se tiene en consideración el indeseado y alto nivel de judicialización de los conflictos competitivos surgidos en el mercado relevante (14 ingresos ante esta Corte Suprema en los últimos 15 años, roles N°181-2020, 15.389-2017, 73.923-2016, 58.909-2016, 11.363-2015, 8.654-2015, 2.506-2013, 2.746-2012, 7.781-2010, 8.077-2009, 97-2009, 4.797-2008, 4.578-2007, y 396- 2005)”.

clima de excesiva litigiosidad -en algunos casos con argumentos infundados- genera un marco de incertidumbre impropio, que altera la sana competencia en el mercado y reduce los incentivos que requieren los agentes para la adopción de nuevas tecnologías, de las cuales depende que el país pueda implementar, en el menor tiempo posible, innovaciones que tienen un profundo y positivo impacto en la calidad de servicios, experiencia del usuario y en la competencia entre los operadores, como es la tecnología 5G.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 18 N° 2, 31 y 32 del DL N° 211,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la solicitud de autos.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañado el documento “Mejores prácticas en subastas de espectro. Documento de posicionamiento de política pública de GSMA”, de mayo de 2019, publicado por *Global System for Mobile Communications Association*, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo ordenado por el H. Tribunal por resolución de fecha 10 de noviembre de 2020, solicito tener presente las siguientes direcciones de correo electrónico de funcionarios de la FNE, para efectos de notificarlos de las resoluciones dictadas en estos autos: adomic@fne.gob.cl y slopez@fne.gob.cl.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en la Resolución Exenta RA 137/122/2019, de 23 de julio de 2019, que me nombra como titular en el cargo de Sub Fiscal Nacional; en la Resolución Exenta N° 636, de 9 de septiembre de 2019, que establece orden de subrogancia en la Fiscalía Nacional Económica; y en la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2020, mediante la cual el Fiscal Nacional Económico, señor Ricardo Riesco Eyzaguirre, se abstiene de intervenir en la

Investigación Rol N°2640-20. Se acompañan en este acto copia de los señalados documentos.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, señores Alejandro Domic Seguich y Sebastián López Segura, de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma separada e indistintamente con el suscrito.