

En lo principal: Aporta antecedentes. **En el primer otrosí:** Acompaña documentos públicos. **En el segundo otrosí:** Cumple lo ordenado.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante, “**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, respecto de la forma y oportunidad de aplicar los caps o límites de uso sobre el espectro radioeléctrico y la determinación de su base de cálculo”, Rol NC N° 523-2023, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**” o “**H.TDLC**”), respetuosamente digo:

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 (en adelante, “**DL 211**”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación. Lo anterior de conformidad al siguiente índice:

| | |
|--|-----------|
| I ANTECEDENTES | 2 |
| II LA CONSULTA Y EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO | 3 |
| A. CONSULTA FORMULADA | 3 |
| B. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO | 7 |
| III ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES RELEVANTES..... | 9 |
| A. CAUSA CONCURSO 3G (RESOLUCIÓN 27/2008 TDLC Y SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, ROL 4797-2008) | 9 |
| B. CAUSA INCUMPLIMIENTOS DE CAPS CONCURSO 700 MHZ (SENTENCIA 154/2016 TDLC Y SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, ROL 73923-2016) | 11 |
| C. CONSULTA SUBTEL PARA REVISAR LÍMITES MÁXIMOS DE CAPS (RESOLUCIÓN 59/2019 Y SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, ROL 181-2020) | 16 |
| D. CONSULTA DE TELEFÓNICA POR RESOLUCIONES DE USO Y GOCE DE BANDAS DE FRECUENCIA 3400-3600 MHZ (RESOLUCIÓN 62/2020 TDLC Y SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, ROL 4797-2008) | 26 |
| E. CONSULTA DE TELEFÓNICA POR CONCURSOS 5G (ROL NC 481-2020 TDLC) | 33 |
| IV ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE TELEFONÍA MOVIL | 38 |
| A. CONSIDERACIONES GENERALES | 38 |
| B. REQUERIMIENTOS DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÓVILES 40 | |
| B.1. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA | 40 |
| B.2. EVOLUCIÓN EN LA ASIGNACIÓN DE LAS BANDAS DE FRECUENCIAS ASOCIADAS AL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES | 44 |
| B.3. ASPECTOS REGIONALES DE LA ASIGNACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO | 51 |
| C. CONCURSO DE 5 BLOQUES DE 10MHZ EN LA BANDA DE 3.5 GHZ | 52 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| V | MERCADOS RELACIONADOS CON LAS MATERIA SOMETIDA A CONSULTA | 54 |
| A. | MERCADO MAYORISTA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES..... | 55 |
| B. | MERCADO MINORISTA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES..... | 58 |
| VI | CONCEPTO DE NUEVOS ANTECEDENTES A LA LUZ DEL ARTÍCULO 32 DEL DL 211.. | 61 |
| VII | ANÁLISIS SOBRE LAS MATERIAS CONSULTADAS | 70 |
| A. | MOMENTO EN QUE DEBEN CUMPLIRSE CON LOS CAPS..... | 70 |
| B. | BASE DE CÁLCULO DE LOS CAPS | 75 |

I ANTECEDENTES

1. Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante “**Movistar**” o “**Telefónica**”), con fecha 1° de agosto de 2023, a folio 23, presentó una Consulta ante el H. TDLC, de conformidad a los artículos 18 y 31 del DL 211, en relación con la aplicación de los límites de uso sobre el espectro radioeléctrico (en adelante, “**caps**”), fijados en los autos no contenciosos caratulados “*Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico*”, substanciado ante el H. Tribunal bajo el rol NC 448-18 y ante la Excma. Corte Suprema bajo el Rol 181-2020 (en adelante ambas decisiones, en su conjunto, “**Sentencias Caps**”).

2. En específico, la Consulta sometió a decisión del H. TDLC dos asuntos: (i) si la forma y oportunidad de aplicar los *caps* en los concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico (en adelante, “**espectro**”) que otorga a los ganadores un plazo de seis meses, posteriores a la adjudicación, para ajustarse a los límites máximos se ajusta al DL 211; y, (ii) si la base de cálculo de los *caps* considera no sólo el espectro asignado, sino también el que se proyecta asignar en futuros concursos públicos (en adelante ambos aspectos, en su conjunto, “**materias consultadas**”).

3. El H. TDLC, con fecha 23 de agosto de 2023, a folio 25, resolvió que previo a proveer la Consulta, Movistar debía indicar los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que puedan infringir las disposiciones del DL 211 y respecto de las cuales pudieran fijarse condiciones que deban ser cumplidas en ellos.

4. Movistar, con fecha 29 de agosto de 2023, a folio 26, presentó un escrito, donde en lo principal solicitó reposición de la resolución de fecha 23 de agosto de 2023, la que finalmente fue rechazada.

5. En subsidio, Movistar dio cumplimiento a lo ordenado. En particular, y de conformidad al artículo 32 del DL 211, indicó que las *Sentencias Caps* deben ser precisadas o modificadas en los aspectos consultados, “*toda vez que su sólo texto ha resultado*

*insuficiente para aplicar los Caps de forma indubitada*¹, modificando algunos aspectos de la Consulta, así como el petitorio.

6. En específico, Movistar señaló que existían nuevos antecedentes que dan cuenta de pronunciamientos que tendrían posturas divergentes sobre las materias consultadas y que, en lo medular, constan en: (i) el informe de aprobación de la FNE recaído en el *joint venture* VTR/Claro (en adelante, “**Informe VTR/Claro**”) en cuanto a la determinación de la base de cálculo; y, (ii) el desarrollo de los Concursos 5G y las opiniones vertidas en la causa Rol NC 481-2020 (en adelante, “**Consulta 5G**”) en lo que se refiere a la forma y oportunidad de aplicar los *caps*.

7. Con fecha 5 de septiembre de 2023, a folio 27, se tuvo por cumplido lo ordenado, teniendo presentes las rectificaciones y ampliaciones efectuadas a la Consulta en los términos indicados. Como consecuencia, se inició el presente procedimiento, indicando expresamente que ello se efectuaba solamente “(...) *con el objeto de determinar si es necesario precisar o modificar la medida establecida en esta sede, en los autos substanciados ante este Tribunal bajo el Rol NC 448-2018 y ante la Excm. Corte Suprema bajo el Rol 181-2020, conforme a los nuevos antecedentes invocados*”.

8. En dicho contexto, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 7 de septiembre de 2023, ejerciendo las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211 para recabar los antecedentes necesarios para elaborar el presente informe².

II LA CONSULTA Y EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

A. Consulta formulada

9. La Consulta fue presentada por Movistar, empresa de telecomunicaciones que, según veremos, ha sido un agente económico que ha participado de los diversos procesos contenciosos y no contenciosos cuyas decisiones han recaído, entre otros, en las materias que constituyen el mérito del presente procedimiento.

10. La Consulta comienza señalando que las Sentencias *Caps* fijaron límites de espectro en base porcentual para distintas macro bandas y establecieron una serie de

¹ Escrito de reposición de Movistar, de fecha 29 de agosto de 2023, p. 3.

² Investigación Rol N°2731-23 FNE, caratulada “Informe al H. TDLC en Consulta de Telefónica relativa a caps de uso sobre el espectro radioeléctrico”.

medidas complementarias. Agrega que esas decisiones fueron determinantes para el desarrollo y resultado de los Concursos 5G.

11. Sin embargo, en opinión de Movistar, las bases de los Concursos 5G adolecían de problemas de diseño que producían riesgos a la libre competencia, lo que la motivó a presentar la Consulta 5G en el año 2020³, la que fue retirada por no haber el H. TDLC suspendido los Concursos 5G, de forma que los cuestionamientos allí presentados habrían perdido oportunidad. El resultado de aquello fue que, según su apreciación, algunos Operadores Móviles con Redes (en adelante, “**OMR**”), quienes participan en los mercados de distribución mayorista y de telecomunicaciones, habrían incumplido los límites de espectro fijados en las Sentencias *Caps*.

12. En ese contexto, Movistar formuló la presente Consulta, indicando que la finalidad de ella es que el H. TDLC aclare o precise dos asuntos que generan riesgos anticompetitivos y que pudieran preverse para futuros concursos respecto de la tecnología 5G.

13. En primer lugar, Movistar solicita que el H. TDLC determine la forma y oportunidad en que deben ser aplicados los *caps* con ocasión de los concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico. Movistar sostiene que ellos deben ser “*aplicados como parte integral de los concursos y no en forma posterior a su adjudicación*”⁴. Así, los operadores que a la fecha del concurso superen los *caps* no podrían participar.

14. Esa postura sería opuesta, según Movistar, al entendimiento que ha tenido la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, “**Subtel**”). Para esta última entidad el considerando 17° de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el Rol 181-2020⁵, habría expresado que los *caps* deben ser aplicados *ex post* a los concursos, pudiendo los asignatarios que los superen, adecuarse al límite máximo en un plazo de 6 meses. Eso se habría manifestado, por ejemplo, en el artículo 30 de las bases del concurso para otorgar concesiones de servicios de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta

³ Causa caratulada “Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. sobre las Bases de Licitación de los denominados “Concursos 5G”.

⁴ Consulta, p. 4.

⁵ “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 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”.

velocidad en las bandas de frecuencia 3,30 – 3,40 GHz y 3,60 – 3,65 GHz⁶. La justificación de ello sería que de esa manera se propicia la competencia por la cancha.

15. Sin embargo, Movistar señala que ese entendimiento se contrapone a la letra y espíritu de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el Rol 181-2020, toda vez que ésta habría coincidido con la resolución reclamada (Resolución 59/2019 TDLC⁷, resuelvo 171°), en línea con lo solicitado por Subtel⁸, donde se habría dispuesto una regla de transición paulatina, según la cual “(...) los operadores que sobrepasaban los Caps al momento de dictarse la Sentencia Caps pudiesen adecuarse o ajustarse a los mismos con ocasión de futuros concursos y no de manera inmediata”⁹.

16. Además, siempre en opinión de Movistar, la interpretación de la Subtel no es adecuada desde una perspectiva de eficiencia, dado que la competencia por la cancha que favorece la posición de la Subtel “atrae a incumbentes que tienen mayor disponibilidad de

⁶ “Artículo 30.- Adjudicación del Concurso La resolución que adjudica el Concurso contendrá las siguientes menciones mínimas: a) La individualización de los postulantes ganadores, quienes a partir de este momento adquieren la calidad de asignatarios de una concesión. La ubicación de los bloques para cada postulante lo decidirá la Subsecretaría en ejercicio de sus atribuciones generales de administración racional y eficiente del espectro radioeléctrico. b) La individualización de las propuestas que fueron rechazadas y sus fundamentos. Asimismo, la resolución 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 macro banda 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. Un extracto de la resolución será elaborado por la Subsecretaría para que el asignatario la publique, por una sola vez, en el Diario Oficial y, además, en un diario de la capital de provincia o de la región en la cual se ubicarán las instalaciones y los equipos técnicos. Las publicaciones serán de cargo del asignatario de la concesión y deberán realizarse dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, bajo sanción de tenerse por desistido de su solicitud, por el solo ministerio de la ley y sin necesidad de resolución adicional alguna. La resolución de adjudicación tratada en este artículo será reclamable por quien tenga interés en ello, ya sea para oponerse a la asignación efectuada al ganador o bien para reclamar por la negativa de asignación a dicho tercero interesado, dentro de plazo de 10 días contados desde la publicación del extracto. En cualquiera de los dos casos, la reclamación se tramitará conforme al procedimiento indicado en el artículo 33 de estas Bases y en el artículo 8° del Reglamento”. Se hace presente que en las únicas bases de licitación de los Concursos 5G (de las 4 que se realizaron) donde no se contempla esta regulación, corresponde a las bases por el concurso de la Banda 2.600 MHz, donde no existía ninguna asignación previa.

⁷ “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”.

⁸ Al respecto, la Consulta de la Subtel que motivó el procedimiento no contencioso que concluyó con la Resolución 59/2019 TDLC, señaló en su página 48, que: “Por ello, esta Subsecretaría estima que los ajustes deben hacerse a propósito de concursos posteriores para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro, de modo tal que los operadores en necesidad de ajuste podrán acceder a tales concursos, pero luego de adecuarse a los caps previos, en la forma que determine Subtel”.

⁹ Consulta, p. 6.

*pago*¹⁰, no coincidiendo esa disposición a pagar con el bienestar social, siendo mejor para la sociedad la competencia *ex post*. Lo anterior, estaría sustentado en un informe económico aportado por Movistar¹¹.

17. Adicionalmente, según Movistar la interpretación de Subtel generaría incertidumbre, dificultades prácticas y riesgos de subutilización del espectro, favoreciendo al operador con mayor tenencia, quien tendrá más información para realizar sus ofertas. En esa línea, Movistar indica periodos prolongados en que no se ha licitado el espectro radioeléctrico devuelto a consecuencia de un exceso en los *caps*¹².

18. En segundo lugar, Movistar sostiene que en los Concursos 5G se generaron dudas sobre la determinación de la base de cálculo de los límites de espectro.

19. Al respecto, Movistar indica que Subtel no aclaró tal circunstancia en el concurso de la Banda 3.5 GHz. A su turno, esta FNE, al emitir el Informe Claro/VTR consideró como base de cálculo el “espectro disponible”, entendiéndolo que aquél considera: (i) el espectro atribuido a la prestación del servicio público telefónico local inalámbrico y asignado a los distintos operadores; (ii) el atribuido mediante norma técnica para la prestación de dichos servicios y que esté siendo concursado; y (iii) *“aquel que, no estando concesionado ni actualmente siendo objeto de un concurso público, se encuentra atribuido mediante norma técnica para la prestación de dichos servicios, y respecto al cual existe certeza razonable que será concursado para su asignación a los operadores en el corto plazo”*¹³.

20. Movistar expresa que esa forma de cálculo fue establecida por deferencia a Subtel¹⁴, siendo divergente respecto de su opinión. En su parecer, el límite de espectro debe ser determinado sólo respecto de aquel que ha sido asignado, por lo que estaría limitado al punto (i) del párrafo anterior, sin distinción de tipo de servicio, y considerando la unidad territorial o zona de concesión respectiva.

21. Movistar, en apoyo de esa interpretación, señala que la Resolución 59/2019 TDLC, en su resuelvo 170° indicó que los *caps*, regirán *“(…) conforme al ámbito territorial definido*

¹⁰ Consulta, p. 9.

¹¹ Informe económico de enero de 2021, titulado “Bases de Licitación de los Concursos Públicos 5G”, elaborado por Nicolás Figueroa González, y que se encuentra acompañado en el segundo otrosí de la Consulta, individualizado con el N° 1.

¹² Consulta, p. 11.

¹³ Informe Claro/VTR, párrafo 624.

¹⁴ Informe Claro/VTR, párrafo 632.

por la Subtel a fojas 2669 y 2669 vuelta, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona”, de modo que “(...) en cada unidad territorial, sea regional o comunal, ninguno de los operadores podrá exceder el límite máximo de tenencia de espectro, considerando todas sus licencias”.

22. De esta forma, según la Consulta, la interpretación planteada por la FNE en el Informe Claro/VTR y lo sostenido por la Subtel en investigación de fusiones del *joint venture* VTR/Claro, no tendría asidero en la Sentencia *Caps*.

23. Según indicamos, Movistar, en el otrosí de folio 26, cumplió lo ordenado por el H. TDLC, a folio 25, en el sentido de precisar los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse que pueden infringir las disposiciones del DL 211. En esa presentación, se indicó que Subtel ha anunciado en la prensa que convocará a un concurso de asignación de espectro, sin que exista más información que una presentación donde indicó que uno de sus planes para el segundo semestre de 2023 era convocar a un nuevo Concurso 5G para asignar 50 MHz en la Banda 3.5 GHz, así como, un escrito presentado en la causa Rol 119.432-2023, seguido ante la Excma. Corte Suprema, donde incluyó un cronograma para ese concurso¹⁵.

24. En esa línea, a la luz del artículo 32 del DL 211, Movistar solicitó que frente a esos nuevos antecedentes¹⁶ que determinarían en su parecer la existencia de posturas divergentes respecto de las materias consultadas, es necesario que se precise o modifique lo resuelto en las Sentencias *Caps* sobre esas materias.

B. Objeto del procedimiento

25. La presente sección se referirá al alcance del presente procedimiento no contencioso en atención a lo resuelto a folio 27, con fecha 5 de septiembre de 2023, ya que ello es gravitante respecto de la forma de analizar el presente asunto.

26. Dicha resolución, como se explicó anteriormente, fue dictada debido a la petición subsidiaria de Movistar efectuada a folio 26, donde señaló que las dos materias consultadas, contenidas en las Sentencias *Caps*, debían ser precisadas o modificadas en

¹⁵ Escrito de folio 30, correlativo 173110-2023, presentado en la causa Rol 119.432-2023 de la Excma. Corte Suprema.

¹⁶ Esos nuevos antecedentes, de acuerdo con la Consulta, corresponderían a: “(i) el informe de aprobación del *joint venture* VTR/Claro en cuanto a la determinación de la base de cálculo; y, (ii) en el desarrollo de los Concursos 5G y en las opiniones vertidas en la Consulta Concursos 5G en lo que se refiere a la forma y oportunidad de aplicar los *Caps*”. Reposición Movistar, folio 26, p. 10.

atención a nuevos antecedentes que habrían surgido con posterioridad a la dictación de esas sentencias.

27. Movistar, en esa presentación hace mención expresa que su Consulta, rectificada en el sentido indicado, se enmarca como una petición basada en el artículo 32 del DL 211, única norma que, a propósito del procedimiento no contencioso, utiliza la existencia de nuevos antecedentes para modificar una decisión preexistente como acontece con las Sentencias *Caps*. En efecto, dicha norma indica:

“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”.

28. Tal como ha desarrollado la jurisprudencia del H. TDLC, y se examinará en el capítulo VI) de este aporte de antecedentes, la norma anterior es la que permite el cambio de una decisión administrativa o jurisdiccional, siempre que se modifiquen las circunstancias existentes al tiempo de adoptarse una medida. En este sentido, las medidas de las Sentencias *Caps* podrían ser modificadas siempre que luego de su dictación se modifiquen las circunstancias y existan nuevos antecedentes que justifiquen ese cambio.

29. En este sentido, en la Sentencia 53/2018 TDLC, se indicó que frente a cambios de circunstancias y en presencia de nuevos antecedentes, se pueden alterar las medidas que previamente se hayan dispuesto:

“123. La afirmación anterior es relevante para la vigencia de las decisiones del Tribunal en el tiempo, porque las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común y, por tanto, se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Cfr. Sentencia N°147/2015, c.105°). En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio”¹⁷.

¹⁷ Resolución 53/2018 TDLC, considerando 123°.

30. Bajo el entendimiento que esa norma determinaba el inicio de la Consulta, el H. TDLC dictó su resolución de folio 27 señalando expresamente que este procedimiento se inició “(...) *con el objeto de determinar si es necesario precisar o modificar la medida establecida en esta sede, en los autos substanciados ante este Tribunal bajo el Rol NC 448-2018 y ante la Excm. Corte Suprema bajo el Rol 181-2020, conforme a los nuevos antecedentes invocados*” (el subrayado es nuestro).

31. Según examinamos, Movistar hace valer dos nuevos antecedentes que corresponden al Informe Claro/VTR, y a los anuncios de Concursos 5G que ha efectuado la Subtel.

32. Esos nuevos antecedentes, de acuerdo con la resolución de folio 26, deben ser ponderados para evaluar la necesidad de precisar o modificar la Sentencia *Caps*, en relación con:

- a. La forma y oportunidad en que deben ser aplicados los *caps* con ocasión de los concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico; y,
- b. La base de cálculo de los límites de espectro.

III ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

33. En el presente apartado se examinarán los antecedentes jurisprudenciales que existen en materia de telecomunicaciones y que, de manera directa e indirecta, inciden en las dos materias consultadas, las que son, a la vez, el objeto del presente procedimiento no contencioso.

A. Causa Concurso 3G (Resolución 27/2008 TDLC y Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol 4797-2008)

34. En 2007, Subtel presentó una consulta que originó el procedimiento no contencioso Rol NC 198/2007 TDLC. En ella, se solicitó que el H. TDLC se pronunciara acerca de si correspondía, de conformidad con la normativa de libre competencia, establecer algún tipo de restricción, exclusión o imposición de algún requisito específico para la participación de los actuales concesionarios de servicio público telefónico móvil en el concurso público de espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzada denominado 3G.

35. El H. TDLC, con fecha 17 de julio de 2008, dictó la Resolución 27/2008 TDLC, en la cual señaló que “(...) *no observa la conveniencia que, desde el punto de vista de la libre*

competencia, pudiera tener la exclusión, limitación o condicionamiento de la participación de los operadores móviles establecidos en el Concurso. Sin embargo, estima necesario adoptar ciertas medidas para permitir, por un lado, que los incumbentes y potenciales nuevos entrantes puedan competir en el Concurso con una mayor igualdad de condiciones; y por otro, que los potenciales nuevos entrantes dispongan de posibilidades reales de desafiar a los incumbentes, mediante la reducción de las barreras de entrada a los mercados relevantes”¹⁸.

36. En este sentido, ordenó que la Subtel: (i) con miras a reducir las barreras a la entrada, y en forma previa a la fecha prevista en las bases como plazo máximo para la entrada en operación o puesta en marcha de los proyectos técnicos, implementara la portabilidad del número telefónico móvil; (ii) subdividiera la banda de frecuencia 1710-1755 MHz y 2110-2155 MHz en el mayor número de bloques que técnicamente permita, en forma eficiente y con costos razonables, prestar servicios de comunicaciones móviles o de 3G con cobertura nacional; y, (iii) definiera en las bases del Concurso los plazos de ejecución y de puesta en servicio que deban comprometer los postulantes¹⁹.

37. La Corte Suprema, en la causa Rol 4797/2008 mediante sentencia de 27 de enero de 2009 modificó parcialmente las medidas establecidas por el H. TDLC, fijando un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que podía tener cada operador de telefonía móvil. En este sentido, los considerandos 21° a 24° de la sentencia referida señalan la importancia de establecer límites de tenencia a los *caps*, bajo parámetros de incentivar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, el uso efectivo del espectro y la homogeneización en la distribución de este²⁰.

¹⁸ Resolución 27/2008 TDLC, apartado 9°, párrafo final.

¹⁹ Resolución 27/2008 TDLC, resolutive 2.1, 2.2 y 2.3.

²⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 27 de enero de 2009, causa Rol 4797-2008: “VIGESIMO PRIMERO: Que, de este modo, las condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no deben afectar la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones móviles, evitando que la asignación de dicho espectro constituya un mecanismo que impida que los potenciales nuevos entrantes puedan competir en este mercado de manera eficaz; VIGESIMO SEGUNDO: Que, sobre la base de lo referido, resulta de sobra justificado acotar la cantidad de espectro radioeléctrico que puede detentar cada operador, a fin de incentivar su uso eficiente y garantizar de manera efectiva el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones, propósito al que aspira la legislación vigente sobre la materia; VIGESIMO TERCERO: Que, por tanto, esta Corte optará por establecer límites en la tenencia de espectro de que puede disponer un operador que participe en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile, cautelando el uso efectivo del espectro radioeléctrico y la necesaria homogeneidad en la distribución del mismo, toda vez que no se advierte cómo una condición que apunte a buscar simetría en las porciones de espectro pueda afectar el grado de competencia en el concurso; VIGESIMO CUARTO: Que conforme a los antecedentes técnicos acompañados a estos autos, ha de concluirse que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil, actual o potencial, es de 60 MHz en total, considerando todas las bandas destinadas actualmente a

38. Esta decisión sirvió de base para las decisiones posteriores sobre límite de espectro en sede de libre competencia. Con todo, debido al avance tecnológico y normativo de las telecomunicaciones, el límite fijo de los 60 MHz fue modificado de acuerdo con criterios diversos.

B. Causa incumplimientos de caps Concurso 700 MHz (Sentencia 154/2016 TDLC y Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 73923-2016)

39. A fines de 2013, Subtel desarrolló un concurso para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en las frecuencias 713-748 MHz y 769-803 MHz (en adelante, “**Concurso 700 MHz**”) en tres bloques de frecuencia, adjudicadas a las empresas Will S.A. (actualmente, Entel S.A., en adelante, “**Entel**”²¹), Movistar, y Claro Empresas S.A. (en adelante, “**Claro**”²²).

40. El resultado de ese concurso y la conducta de esas operadoras al adjudicarse dicho espectro fueron impugnados por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (en adelante, “**Conadecus**”) ante el H. TDLC, en marzo de 2014, dando origen a la causa Rol C 275-2014 TDLC, caratulada “*Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros*”.

41. Conadecus argumentó que la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol 4797/2008 mediante sentencia de 27 de enero de 2009, dispuso un límite máximo de 60 MHz a la cantidad total de espectro que podía tener cada operador de telefonía móvil. Sin embargo, las bases del Concurso sobre 700 MHz omitieron referencia a ello, razón por las que las empresas Movistar, Claro y Entel acapararon espectro superando dichos límites máximos.

42. Agregó que, mediante el Concurso 2600 MHz (bandas de frecuencia 2505-2565 MHz y 2625-2685 MHz), convocado en 2011, cada una de esas empresas agregó 40 MHz

comunicaciones móviles, debiendo ellos desprenderse en su oportunidad de aquella cantidad que exceda de dicho límite máximo”.

²¹ Entel comprende al grupo empresarial que participa en diversos mercados de telecomunicaciones en el país por medio de diferentes personas jurídicas, incluyéndose Entel Telefónica Local S.A., y Entel PCS Telecomunicaciones S.A., sus predecesoras y otras sociedades sobre las que actúe directa o indirectamente como controlador.

²² Claro comprende al grupo empresarial que participa en diversos mercados de telecomunicaciones en el país por medio de diferentes personas jurídicas, incluyéndose Claro Comunicaciones S.A y Claro Chile S.A., sus predecesoras y otras sociedades sobre las que actúe directa o indirectamente como controlador.

a su anterior disponibilidad individual de espectro, con lo cual ya excedieron el límite dispuesto por la Excma. Corte Suprema.

43. De esta forma, según Conadecus, Movistar, Claro y Entel habrían aprovechado las ventajas establecidas en su favor en las bases del Concurso 700 MHz, configurándose en éstas un “traje a la medida” para que sólo esas empresas, dominantes en el mercado, se adjudicaran el espectro de dicha banda²³.

44. La demanda de Conadecus fue rechazada por el H. TDLC, por medio de la Sentencia 154/2016 TDLC, de fecha 15 de septiembre de 2016. En lo esencial, dicha sentencia señaló que resulta improcedente dar lugar a la solicitud de poner término a la participación, ofertas y adjudicación del Concurso 700 MHz por cuanto ello correspondería a Subtel, tercero no demandado²⁴.

45. Además, agregó que las sentencias invocadas por Conadecus como ejemplos de la fijación de un límite máximo del espectro radioeléctrico no tenían efectos generales, habiéndose emitido en contextos y mercados distintos de los existentes al momento de la sentencia.

46. Respecto del análisis de la conducta de acaparamiento de espectro, el H. TDLC señaló que la inconveniencia de la oportunidad del llamado del Concurso de 700 MHz por Subtel no podía ser juzgado en sede contenciosa, por tratarse del actuar de una autoridad que, por lo demás, no fue demandada en el proceso. Lo anterior no podía considerarse como antecedente ni indicio para el acaparamiento del espectro radioeléctrico por parte de las demandadas, pues la oportunidad del llamado al referido concurso era una decisión privativa de las autoridades²⁵.

47. El H. TDLC agregó que ninguna de las demandadas superaba el 40% de participación en el mercado minorista, por lo cual no tendrían un especial deber de

²³ Estas medidas, para Conadecus, únicamente eran susceptibles de ser cumplidas por esas empresas. Al respecto, la demanda de Conadecus se refería a cobertura obligatoria en 1200 localidades, transporte de datos para terceros desde capitales de regiones, atención gratuita en escuelas, exigencias de otorgamiento de facilidades para Operadores Móviles Virtuales (en adelante, “OMV”).

²⁴ Sentencia 154/2016 TDLC, considerando 91°.

²⁵ Sentencia 154/2016 TDLC, considerando 71°.

cuidado²⁶. Asimismo, las condiciones de entrada a la época de dictación del fallo habrían permitido, de manera incipiente, el ingreso de nuevos competidores²⁷.

48. Conadecus presentó recurso de reclamación, causa que se conoció en el Rol 73.923-2016 ante la Excma. Corte Suprema que, con fecha 25 de junio de 2018, acogió el recurso, revocando la Sentencia 154/2016 TDLC. En esa sentencia, calificó de anticompetitiva la conducta de las tres demandadas de haberse adjudicado el espectro en la Banda de 700 MHz y les ordenó desprenderse de una cantidad equivalente al espectro que adquirieron en dicho concurso, a su elección.

49. Para alcanzar esa determinación, la Excma. Corte Suprema, consideró que los precedentes invocados en la demanda de Conadecus, tenían el carácter general que el demandante le había conferido, y no sólo centrados en cada uno de esos casos, en atención a que las decisiones en sede de libre competencia producen efectos para todo el mercado en que se dictaban²⁸.

50. La parte resolutive de la sentencia de la Excma. Corte Suprema entrega los lineamientos respecto de la configuración de la conducta de acaparamiento por haber excedido el límite máximo de tenencia de espectro radioeléctrico, indicándose las pautas que deben seguirse para el caso que se pretenda adecuar o revisar en lo sucesivo el límite de 60 MHz, señalando:

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

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

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

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

²⁶ Sentencia 154/2016 TDLC, considerando 36° y 49°.

²⁷ Sentencia 154/2016 TDLC, considerando 40°.

²⁸ Sentencia 154/2016 TDLC, considerando 15°.

definidos de 60 MHz para cada operador participante en el referido espectro radioeléctrico”.

51. Al resolver, la Excm. Corte Suprema enfatizó en que el espectro es un insumo esencial para la prestación de servicios de telefonía móvil, que además están calificados como servicio público²⁹. Señaló también que la disponibilidad de espectro constituye una barrera de entrada para los potenciales competidores y que incide en la estructura de costos de éstos y, por ello, en la intensidad de la competencia³⁰. Agregó que es Subtel la entidad que debe administrarlo de modo de velar por un acceso igualitario y un uso eficiente del mismo³¹ cumpliendo, asimismo, con las normas de libre competencia que son parte del orden público económico³².

52. En materia de precedentes de fijación de límites máximos de tenencia de derechos de uso de espectro radioeléctrico, la Excm. Corte Suprema indicó que, desde que se abrió el mercado de las telecomunicaciones a la participación de privados, se han impuesto limitaciones a la cantidad de espectro radioeléctrico que cada uno de los incumbentes puede poseer. En este sentido, hay precedentes desde las antiguas Comisión Preventiva y Resolutiva (Resoluciones N° 584 y 588, ambas de 2000)³³ y ante el H. TDLC, a propósito de la consulta de operación de concentración entre Telefónica Móvil y Bellsouth (Resolución 2/2005 TDLC, Rol NC 1-04), primer momento en que se estableció un *cap* de 60 MHz en la tenencia de derechos de uso sobre espectro de telefonía móvil³⁴.

²⁹ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerando 10°.

³⁰ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerando 13°.

³¹ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerando 19°.

³² Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerandos 2° a 7°.

³³ La Resolución 584/2000 de la H. Comisión Resolutiva se pronunció sobre la banda y concursos de 3,5 GHz, indicando, en general, que Subtel debía dividir dicha banda para el servicio de telefonía fija inalámbrica en seis segmentos, de 50 MHz cada uno, con diferenciación nacional y regional. Además, fijó por primera vez un límite de 100 MHz por operador en cada zona objeto de concesión (nacional o regional). Este límite de 100 MHz para esa banda fue, con posterioridad, ratificado por el H. TDLC en su Sentencia 13/2005 TDLC, causa Rol C 54-04, a propósito de la demanda interpuesta por Entel en contra de Subtel por reflejar ese mismo *cap* en un concurso posterior respecto de frecuencias remanentes de la Banda 3.5 GHz. Por su parte, la Resolución 588/2000 de la misma H. Comisión Resolutiva, se pronunció sobre la banda 1.900 MHz, resolviendo que se asignaran 30 MHz disponibles en dicha banda a través de concurso público, pudiendo participar en él todas las empresas, con excepción de aquellas que ya poseían asignación por más de 30 MHz en dicha banda.

³⁴ En tal sentencia, el H. TDLC dispuso, entre otras medidas, la condición de que Telefónica Móviles S.A., transfiriera, a su elección, un bloque de frecuencia de espectro radioeléctrico equivalente a 25 MHz en la banda de 800 MHz. Asimismo, en el evento que el adjudicatario de las concesiones que se licitaran en dicho bloque hubiese sido una empresa que operaba a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegase por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa debía transferir a un tercero no relacionado el ancho de banda que superase tal cantidad. De este modo, esta sentencia es el primer precedente en materia de fijación de *caps* por operador en el total del espectro asignado a telefonía móvil y no a propósito sólo de un concurso como había sucedido hasta entonces.

53. En esta línea, este *cap* de 60 MHz, reiterado a propósito del Concurso 3G (causa Rol 4797/2008, sentencia de 27 de enero de 2009), en palabras de la Excma. Corte Suprema, debía ser oponible a todo el mercado³⁵. De este modo, es irrelevante analizar, en el caso concreto, si se daban los requisitos del acaparamiento con fines exclusorios, toda vez que ellos sólo eran importantes en la medida que existía un mercado en que no hubiera límites a la posesión de cada participante de espectro radioeléctrico, lo que no era el caso, pues el límite existía y no podía ser desconocido por los operadores³⁶.

54. Como fue señalado, la sentencia de la Excma. Corte Suprema contiene cuatro resueltos. Entre dichas órdenes de actuación se encuentra que cada operador condenado se debe desprender de una cantidad equivalente de espectro radioeléctrico a la que cada uno adquirió en el Concurso 700 MHz, siendo opción de cada uno de ellos la elección de la banda a ser enajenada; así como la orden para Subtel de velar por el adecuado cumplimiento de esta medida.

55. Por lo anterior, y considerando los MHz adquiridos por cada operador en el Concurso 700 MHz, Entel debía desprenderse de 30 MHz, mientras que Telefónica y Claro de 20 MHz.

56. Esta última circunstancia dio lugar al cumplimiento incidental de sentencia. Tal petición fue presentada por Conadecus, con fecha 30 de agosto de 2018, donde solicitó, en lo que aquí interesa, que se oficiara a Subtel para que informara sobre cómo las empresas condenadas a la devolución estaban dando cumplimiento a la sentencia de la Excma. Corte Suprema.

57. De esa solicitud se dio traslado a las condenadas, quienes dedujeron excepciones de oposición al cumplimiento incidental del fallo. Una vez rechazadas esas excepciones³⁷ y los recursos que se interpusieron³⁸, las empresas optaron por diversas formas o modalidades para materializar la devolución del espectro radioeléctrico, habiendo cumplido lo anterior en los términos que constan en la siguiente tabla.

³⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerandos 15°.

³⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerandos 18°.

³⁷ Resolución del H. TDLC, de fecha 14 de agosto de 2018, dictada en el cuaderno de cumplimiento incidental de la causa Rol C-275-2014.

³⁸ Así ocurrió con el recurso de reclamación, según fue resuelto por la Excma. Corte Suprema, con fecha 13 de diciembre de 2018, en los autos Rol 31.521-2018.

Tabla N° 1: Alternativas de desprendimiento de espectro que siguieron las empresas Entel, Claro y Telefónica en el cumplimiento incidental de la causa Rol C 275-2014.

| Empresa | Mecanismo utilizado | Espectro devuelto |
|----------------|--|---|
| Entel | Modificación en el sentido de disminuir concesión de servicio público telefónico local inalámbrico de alcance nacional ³⁹ | 20 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 3.500 MHz |
| | Renuncia de 14 concesiones regionales ⁴⁰ | 10 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 900 MHz |
| | Modificación en el sentido de disminuir concesión regional en la RM | 10 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 900 MHz |
| Claro | Modificación en el sentido de reducir concesión de servicio público telefónico local inalámbrica de alcance nacional | 20 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 3.500 MHz |
| Movistar | Enajenación de la concesión de servicio público de telefonía móvil de alcance nacional | 10 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 1.900 MHz |
| | Renuncia a concesiones en las concesiones de servicio público local inalámbrico para las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena | 50 MHz de espectro en la banda de frecuencia de 3.500 MHz ⁴¹ |

Fuente: Subtel, Oficio Ord. N° 15435, DJ N° 355, de 25 de septiembre de 2020, rolante a folio 1237 Rol C 275-2014 TDLC

C. Consulta Subtel para revisar límites máximos de caps (Resolución 59/2019 y Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 181-2020)

58. Con fecha 3 de octubre de 2018, Subtel ingresó al H. TDLC una consulta, Rol NC 448-2018 TDLC, de conformidad a la alternativa que le otorgaba la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016 en orden a solicitar la revisión del límite de 60 MHz por cada operador en el mercado de la telefonía móvil.

³⁹ Como esa concesión fue otorgada a Entel Telefonía Local S.A, Entel PCS Telecomunicaciones S.A se obligó a que esta última realizada el desprendimiento.

⁴⁰ Como estas concesiones habían sido otorgadas a Transam Comunicaciones S.A, Entel PCS Telecomunicaciones S.A se obligó a que esta última realizara el desprendimiento.

⁴¹ La Subtel por medio de Ord. N° 9753/DJ-3 N° 346, de 22 de julio de 2019, consideró esas renunciaciones como equivalentes a 10 MHz de cobertura nacional.

59. En la solicitud se expone una “Nueva política nacional de espectro radioeléctrico”, donde relata las modificaciones más trascendentes del mercado de comunicaciones móviles desde 2009, las que, en su concepto, justifican la revisión de la regla del límite máximo de 60 MHz.

60. En particular, Subtel señala que los OMR que operan en el mercado deben tener niveles más equitativos y homogéneos de derechos de uso de espectro radioeléctrico, lo que es sin perjuicio de la posibilidad de contemplar espacios “reservados” para potenciales nuevos entrantes y participaciones de nicho que debiesen tener un mayor desarrollo con la introducción de la quinta generación de tecnología para prestar servicios móviles, denominados “5G”⁴².

61. Para propender a esos objetivos, Subtel indicó que se deben considerar las propiedades diferenciadas de las bandas disponibles y las diferencias en términos de capacidad y cobertura que tienen entre sí las bandas bajas y altas de espectro. Por ello, propuso sustituir la fijación de un *cap* fijo aplicable a todas las bandas para prestar servicios móviles que pueda tener un operador (esto es, el límite de 60 MHz que hemos examinado en el apartado anterior) por límites diferenciados según tipo de bandas, con una revisión cada cierto tiempo en función de los nuevos desarrollos tecnológicos y las conferencias internacionales en la materia.

62. Cabe indicar que la selección de bandas efectuadas por Subtel en su consulta, particularmente en lo que se refiere a las bandas bajas y medias-bajas (700, 850, 900, 1.900, 1.700/2.100 y 2.600 MHz), consideró sólo el espectro en que existían operadores prestando servicios móviles, excluyendo bandas asignadas dentro de esos rangos pero que corresponden a asignaciones para otros servicios (por ejemplo, servicios distintos a servicios públicos de telecomunicaciones⁴³), o bien, cuyas formas de asignación las harían inviables para prestar servicios móviles –al menos en el corto plazo-, por lo que no procedería considerarlas (por ejemplo, asignaciones con bloques discontinuos o bloques

⁴² Consulta Subtel, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 45.

⁴³ La clasificación de estos servicios se efectúa en el artículo 3° de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, que distingue entre: (i) Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión (como radiodifusión y radiodifusión televisiva); (ii) Servicios públicos de telecomunicaciones (como la telefonía, o los datos); (iii) Servicios limitados de telecomunicaciones (que satisfacen necesidades específicas de telecomunicaciones de determinados sujetos y que pueden o no, utilizar espectro radioeléctrico, como las modalidades de TV de pago); (iv) Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones (cuya finalidad es la intercomunicación radial y la experimentación técnica); y, (v) Servicios intermedios de telecomunicaciones (que son servicios prestados por terceros a través de instalaciones y redes, para satisfacer necesidades de otros concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones, o prestar servicios telefónico de larga distancia internacional a la comunidad en general.

con múltiples asignaciones de bandos de ancha muy menores, o bien, asignaciones limitadas sólo a ciertas regiones del país). En cambio, tratándose de las bandas medias-altas (3.400-3.800 MHz) y altas (27,5 a 28,35 GHz), las asignaciones existentes a esa fecha consideraron servicios distintos del móvil, a pesar de lo cual, dados los desarrollos tecnológicos y perspectivas internacionales, cabe estimarlas en la fijación de *caps*, pues se preveía que serán pioneras en el desarrollo de 5G en una primera etapa.

63. Como consecuencia de lo anterior, las propuestas de *caps* diferenciados efectuadas por la Subtel según tipo de banda fueron las siguientes:

Tabla N° 2: *Caps* propuestos por Subtel en Consulta Rol NC 448-2018 TDLC

| Macro Banda | Rango de espectro | Caps por operador |
|--------------------|--------------------------|--------------------------|
| Baja | < 1 GHz | 50 MHz |
| Media-baja | 1 a 3 GHz | 60 MHz |
| Media-alta | 3,4 a 3,8 GHz | 80 MHz |
| Alta | 27,5 a 28,35 GHz | 200 MHz |

Fuente: Consulta Subtel, p. 46, 55.

64. Además, Subtel sostuvo que el ajuste a los nuevos límites de derechos de uso de espectro radioeléctrico se conseguiría progresivamente, con un criterio de “transición paulatina”. Es decir, la propuesta no implicaría, *per se*, imponer ajustes inmediatos para cubrir dichos límites, sino que ello se realizaría a través de sucesivos concursos en que ellos se aplicarían.

65. Sin embargo, tratándose de la propuesta de *caps* para bandas medias-bajas de 60 MHz, donde a la fecha de la Consulta Entel tenía asignados 100 MHz, y Telefónica y Claro 70 MHz, mientras que Wom S.A. (en adelante, “Wom”) 60 MHz y VTR 30 MHz; Subtel consideró que el criterio de ajuste paulatino podría iniciar su aplicación con posterioridad al próximo concurso previsto para 5G, o bien, con condiciones especiales que eviten ralentizar las inversiones necesarias para la entrada en operación de dicha tecnología⁴⁴.

66. En materia de diseño de futuros concursos y entrada de nuevos operadores, Subtel propuso que se disponga que los límites de tenencia de derechos de uso sobre el espectro puedan admitir, como excepción motivada, que se adjudiquen frecuencias por sobre los *caps* a incumbentes si es que en un concurso específico no hay otros operadores interesados, en el entendido de que en tales bases se establecería todo el resto de las medidas y principios que favorecerían la libre competencia. Alternativamente, sugirió

⁴⁴ Consulta Subtel, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 45.

diseñar concursos con doble llamado, declarando desierto el primero si es que no se presentan entrantes. En cualquier caso, el exceso adquirido debería reequilibrarse en los concursos posteriores⁴⁵.

67. Con fecha 28 de diciembre de 2018, esta Fiscalía aportó antecedentes, señalando en lo referente a las temáticas de fijación de *caps* una serie de elementos que son relevantes también para la presente causa.

68. En primer lugar, respecto al ajuste de las reglas de *caps* a las características técnicas de los distintos grupos de bandas y al portafolio de espectro, la FNE sostuvo que era deseable que los operadores, más allá de la cantidad específica de espectro con que cuenten, tengan acceso a un portafolio de espectro, en el sentido de que todos detenten una combinación razonable de bandas de cada uno de los grupos o tipos según sus características técnicas (bajas, medias y altas), de modo que puedan complementar sus distintos modelos de negocios con las características técnicas de cada tipo de banda, sin que ello signifique contar con una misma o análoga cantidad de MHz en cada tipología de banda⁴⁶.

69. En cuanto a los criterios deseables en la determinación de los *caps*, la FNE expresó que la propia regla de *caps* debiera incorporar los criterios de flexibilidad, dinamismo y ajustabilidad automática. Asimismo, no debería limitar su aplicación sólo a escenarios donde se haga disponible nuevo espectro a través de concursos, sino que también debiera incluir otras formas de adquisición de espectro por un operador, como transferencias de concesiones o cambios en el uso de bandas preexistentes. Dado lo anterior, los *caps* de guarimos fijos, como los propuestos por Subtel, tienen mayores dificultades de cumplir con los principios mencionados, pues no permiten un ajuste automático. Sin perjuicio de lo anterior, se indicó también que los *caps* fijos tienen la virtud de evitar, de modo más efectivo, el potencial acaparamiento de bandas⁴⁷.

70. Sobre esa materia, la FNE agregó que para que el mecanismo de *caps* resguarde niveles mínimos de adaptabilidad y permanencia, debe evitarse que se individualicen las bandas específicas sobre las que aplica, pues la regla debiera permitir la incorporación automática de las nuevas bandas que se estandaricen para servicios fijos y/o móviles (por

⁴⁵ Consulta Subtel, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 48.

⁴⁶ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 74.

⁴⁷ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, pp. 75-76.

ejemplo, 3GPP) y aquellas que en virtud de ajustes administrativos pasen a ser idóneas técnica y económicamente para prestar esta clase de servicios⁴⁸.

71. Por su parte, respecto de la oportunidad de aplicar los caps, la FNE señaló:

“El análisis de superación de los caps preestablecidos debiera realizarse ante cada escenario en que un operador pase a adquirir nuevo espectro, independiente de cuál sea su causa u origen (nuevos concursos, transferencias de concesiones, cambios normativos o de otra índole que hagan disponibles nuevas bandas que antes no lo estaban). En caso de verificarse que con la mencionada operación se superan los caps, debiera existir un plazo máximo para el adecúo a los límites fijados, en el cual el operador debiera finalizar el ajuste, independiente de la forma o medios que emplee para ello”⁴⁹.

72. Finalmente, sobre la aplicación territorial de los caps, la FNE expresó que, para determinar el exceso o cumplimiento, debe considerarse las asignaciones regionales, de ámbitos territoriales inferiores al nacional y a nivel nacional⁵⁰.

73. Posteriormente, el H. TDLC, con fecha 4 de diciembre de 2019, dictó la Resolución 59/2019 TDLC. En lo que aquí interesa, en ella se señaló que, en Chile, a la fecha de esa Resolución, solo algunas de las bandas de frecuencia estandarizadas y atribuidas a la provisión de servicios de comunicaciones eran efectivamente utilizadas, aunque ello no significa que las bandas no asignadas estén disponibles⁵¹.

74. El H. TDLC agregó que el espectro se puede dividir en conjuntos de bandas de frecuencias o macro bandas⁵². De las distintas clasificaciones posibles, se recogió la contenida en el reporte final del Comité Asesor para el Manejo de Espectro de EE. UU., que las divide en: (i) bajas, entre 400 MHz y 1 GHz; (ii) medias bajas, entre 1 y 3 GHz; (iii) medias, entre 3 y 6 GHz; (iv) medias altas, entre 6 y 20 GHz; y, (v) altas, más de 20 GHz. Se expresó que esa clasificación es apropiada porque considera y vincula las características físicas y de sustitución para cada banda de frecuencias y es coherente con la armonización de la Unión Internacional de Telecomunicaciones dependiente de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ITU”). Así, las bandas por debajo de 1 GHz son relevantes para servicios móviles terrestres que requieren mayor cobertura; aquellas bandas entre 1 a 3 GHz poseen un equilibrio entre propagación y capacidad,

⁴⁸ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 76.

⁴⁹ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 76.

⁵⁰ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 77.

⁵¹ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 133°.

⁵² Resolución 59/2019 TDLC, considerando 134°.

siendo compatibles con las primeras fases del 5G; mientras que la Banda 3.5 GHz es prioritaria para esta última clase de servicios⁵³.

75. La Resolución 59/2019 TDLC, en línea con el aporte de la FNE, consideró que un operador móvil requiere de un portafolio de espectro para ser competitivo y creíble en el mercado. En este sentido, necesita de un ancho de banda suficiente en distintas bandas para ser competitivo en términos de precio y calidad de servicio, así como para alcanzar eficiencias que le permitan competir en el mercado⁵⁴.

76. De esta forma, atendidas las necesidades de eficiencia operacional, eficiencia espectral y desafiabilidad del mercado, el H. TDLC identificó que la fijación de *caps* se encontraba sujeto a un dilema dependiendo de si los *caps* eran muy restrictivos o muy laxos, al indicar que: *“(...) si los caps son muy restrictivos, se podría obstaculizar el aprovechamiento de las economías de escala en esta industria, teniendo firmas menos eficientes, un empeoramiento en la calidad del servicio y un aumento en los precios. Por otro lado, si los límites se fijan muy laxos, se podría afectar la competencia debido al riesgo de acaparamiento o concentración de espectro y se podrían deteriorar los servicios que prestan los operadores debido a inversiones subóptimas en redes e infraestructura”*⁵⁵.

77. En esa evaluación, el H. TDLC estimó conveniente establecer *caps* porcentuales y no fijos, porque ellos permiten reflejar el nivel de concentración en la tenencia de espectro, siendo más flexibles para adaptarse a nuevas asignaciones⁵⁶. A continuación, el H. TDLC estableció que *“con el objeto de evitar que un operador tenga incentivos a acaparar espectro en algunas macrobandas y haga inviable la entrada de operadores creíbles, se justifica la fijación de caps separadamente por cada una de ellas”*⁵⁷. A ello agregó que era indispensable que en la fijación de los *caps* se considerara la armonización internacional o estandarización perseguida por el 3rd Generation Partnership Project (en adelante,

⁵³ Resolución 59/2019 TDLC, considerandos 136° y 138°.

⁵⁴ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 143°.

⁵⁵ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 145°.

⁵⁶ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 146°.

⁵⁷ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 149°.

“3GPP”⁵⁸⁻⁵⁹ y la necesidad de espectro contiguo⁶⁰, descartando como consideración la simetría o distribución uniforme en la tenencia de espectro⁶¹.

78. Como consecuencia de lo explicado, la Resolución 59/2019 TDLC, fijó los siguientes límites de espectro por cada una de las macro bandas:

Tabla N° 3: Bandas fijadas por Resolución 59/2019 TDLC

| Macro Banda | Bandas | Caps por operador |
|-------------|------------|--|
| Baja | < 1 GHz | 35% por operador |
| Media-baja | 1 a 3 GHz | 30% por operador |
| Media | 3 a 6 GHz | Corto plazo: Subtel no puede subastar bloques continuos inferiores a 40 MHz Mediano plazo: Subtel debe hacer uso de reordenamiento, para que existan 4 operadores con mínimo de 40 MHz continuo. Largo plazo: caps de 30%, debiendo cada operador tener mínimo de 80 MHz contiguos |
| Media-alta | 6 a 24 GHz | No se fijan límites por ausencia de atribuciones y asignaciones |
| Alta | > 24 GHz | Corto plazo: Subtel no puede subastar bloques continuos inferiores a 400 MHz Mediano plazo: Subtel debe hacer uso de reordenamiento, para que existan 4 operadores con mínimo de 400 MHz continuo. Largo plazo: caps de 25%, debiendo asegurar la existencia de 4 operador con mínimo de 800 MHz contiguos |

Fuente: Resolución 59/2019 TDLC, resolutivo 169°.

79. A lo anterior, en lo que interesa a esta presentación, agregó dos resolutivos adicionales, que señalan:

“170. Los límites máximos de tenencia regirán conforme al ámbito territorial definido por la Subtel a fojas 2669 y 2669 vuelta, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona. Ello implica que en cada unidad territorial, sea

⁵⁸ El “Third Generation Partnership Project”, correspondiente a un proyecto de colaboración internacional entre distintas organizaciones de telecomunicaciones, cuyo objetivo es producir especificaciones técnicas e informes basados en contribuciones que permitan armonizar y estandarizar los sistemas móviles de radiocomunicaciones, además de su mantenimiento y desarrollo. Resolución 62/2020 TDLC Glosario

⁵⁹ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 151°.

⁶⁰ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 152°.

⁶¹ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 154°.

regional o comunal, ninguno de los operadores podrá exceder el límite máximo de tenencia de espectro, considerando todas sus licencias.

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”.

80. De conformidad al resolutivo 171°, es claro que el H. TDLC decidió que los operadores móviles solamente podían participar de nuevos concursos una vez que adecuaran su tenencia a los límites de espectro, es decir, previo al concurso. Sin perjuicio de ello, veremos que esa decisión fue revocada por la Excma. Corte Suprema.

81. En efecto, contra dicha resolución, Conadecus dedujo recurso de reclamación con miras a precisar algunos de *caps* fijados por el H. TDLC y se acogieran las recomendaciones complementarias solicitadas por Subtel. También, dedujo recurso de reclamación Wom, quien solicitó modificar la Resolución 59/2019 TDLC, en el sentido de disponer un *caps* en la macro banda baja de un 25% o, en subsidio, de 32% por operador móvil. Finalmente, Netline Mobile S.A., en su recurso de reclamación solicitó que la Subtel ejerza el control del uso efectivo y eficiente del espectro, acoja las recomendaciones complementarias pedidas por la Subtel y establezca un límite general de tenencia del 25% del espectro. Esos recursos fueron tramitados bajo el Rol 181-2020 de la Excma. Corte Suprema, y se resolvieron por sentencia de fecha 13 de julio de 2020.

82. En su decisión, la Excma. Corte Suprema luego de reiterar que la normativa de libre competencia es parte del orden público económico⁶², comenzó el análisis de la controversia, centrando su análisis en los *caps* fijados por el H. TDLC.

83. En particular, identificó que persistían en el mercado circunstancias que tornan necesaria la imposición de *caps*. Al respecto, mencionó los altos índices de concentración según el Índice Herfindahl–Hirschman (en adelante, “**HHI**”), que alcanzaba 2.500 puntos, y que los OMR incumbentes (Entel, Movistar y Claro) “*persisten hasta el día de hoy en un estado de incumplimiento del límite de tenencia vigente -más allá de las propuestas de restitución, aun no materializadas, presentadas ante el TDLC-, realidad que necesariamente lleva a concluir que la desregulación en ningún caso sería eficaz para asegurar el buen comportamiento de los agentes y concretar el afán de proscripción de*

⁶² Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 6°.

*acaparamiento de este insumo esencial, principal consecuencia anticompetitiva que se pretende evitar con la imposición de caps*⁶³.

84. Luego, hace suya la división de espectro efectuada por la Resolución 59/2019 TDLC⁶⁴, agregando que los *caps* son límites máximos de tenencia, de modo que el objetivo de contar con un determinado número de OMR no implica, necesariamente, dividir el espectro disponible en cada macro banda por el número de agentes formando bloques homogéneos, sino que la asignación debe depender del interés y eficiencia de cada operador. En esa línea, indicó que coincide con el H. TDLC, en cuanto a la necesidad de contar con cuatro OMR creíbles⁶⁵.

85. Para perseguir ese objetivo, la Excma. Corte Suprema revisó los *caps* por cada macro banda, revocando la Resolución 59/2019 TDLC, en los siguientes sentidos:

- a. Macro banda baja: señaló que los OMR incumbentes *“(...) han preferido consolidar una situación de hecho preexistente, evitando forzar la adecuación o ajuste que ameritaría el propender hacia un acceso más equitativo a este insumo esencial, desconociendo el objetivo autoimpuesto de contar con cuatro operadores móviles reales competitivos, contradiciendo la tantas veces recordada necesidad de cada operador de contar con portafolios de espectro, y omitiendo que durante años los operadores incumbentes han sostenido la magnitud de su tenencia en la transgresión del límite vigente*⁶⁶. Como consecuencia, para lograr el objetivo de tener cuatro OMR competitivos fijó un límite *“(...) que impida, de manera absoluta, que uno de ellos se vea privado de contar con asignaciones de espectro radioeléctrico en cada una de las macrobandas*⁶⁷. Toda vez que dicha premisa no se logra con un *cap* de 35%, sino que con un límite del 32%, es necesario que ello ocurra, incluso previa *“adecuación de la distribución del espectro, con los costos inherentes a ello*⁶⁸.

⁶³ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 12°.

⁶⁴ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14°.

⁶⁵ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 15°.

⁶⁶ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 16°, literal a).

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

- b. Macro banda media: Indicó que la gradualidad fijada por el H. TDLC incurre en un defecto insalvable asociada a la indefinición de las etapas proyectadas, de modo que se fija un *cap* del 30%, sin gradualidad⁶⁹.
- c. Macro banda alta: Reitera el mismo defecto de la gradualidad, fijando un *cap* del 25%⁷⁰.

86. Como consecuencia, los *caps* existentes por cada una de las macro bandas en atención a la sentencia de la Excma. Corte Suprema son los que muestra la siguiente tabla:

Tabla N° 4: Bandas fijadas por la Sentencia *caps* de la Excma. Corte Suprema

| Macro Banda | Bandas | Cap por operador |
|-------------|------------|---|
| Baja | < 1 GHz | 32% |
| Media-baja | 1 a 3 GHz | 30% |
| Media | 3 a 6 GHz | 30% por operador |
| Media-alta | 6 a 24 GHz | No se fijan límites por ausencia de atribuciones y asignaciones |
| Alta | > 24 GHz | 25% |

Fuente: Resolución Excma. Corte Suprema 181/2020, resolutive 16°.

87. En lo que interesa a la presente Consulta, la Excma. Corte Suprema **modificó el entendimiento del H. TDLC** sobre la oportunidad del ajuste de los *caps*, señalando que en caso de que se adjudiquen nuevos derechos de uso sobre el espectro, el operador deberá adecuar ese límite en un plazo que no debe superar de seis meses. Así, el considerando 17°, señala:

*“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 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 macrobandas, sin importar a cuál de ellas pertenece la porción concursada”* (énfasis agregado).

88. Finalmente, la Excma. Corte Suprema, acogió gran parte de las medidas complementarias solicitadas en la Consulta⁷¹, y expresó que la discusión sobre los *caps*

⁶⁹ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 16°, literal c).

⁷⁰ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 16, literal e).

⁷¹ En específico dispuso, el Resuelvo I.A de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, estableció una serie de condiciones adicionales “*que deberán ser cumplidas con motivo de la implementación de los nuevos caps o límites de tenencia de derechos*”

planteada en este proceso no imposibilita el cumplimiento de las empresas OMR incumbentes a las devoluciones dispuestas en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 73923-2009, examinada en el apartado B) precedente.

D. Consulta de Telefónica por resoluciones de uso y goce de bandas de frecuencia 3400-3600 MHz (Resolución 62/2020 TDLC y Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol 4797-2008)

89. Con fecha 20 de noviembre de 2018, Movistar presentó una consulta ante el H. TDLC, en la que solicitó se efectúe un pronunciamiento respecto de si la ejecución de la Resolución Exenta Subtel N° 1289, de junio de 2018⁷² (en adelante, “**Resolución de Congelamiento**”), modificada por la Resolución Exenta Subtel N° 1953, de octubre de 2018, ambas respecto del uso y goce de las bandas de frecuencia 3.400-3.800 MHz (en adelante, “**Banda 3.5 GHz**”⁷³), podría infringir las normas que protegen la libre competencia y, en la afirmativa, en qué condiciones deben ejecutarse dichas resoluciones por Subtel y los operadores que cuentan con título para usar y gozar dichas bandas de frecuencia, para no vulnerar el DL 211.

de uso sobre el espectro radioeléctrico”, que en sus aspectos esenciales, son: “a) Roaming nacional, obligatorio y temporal proporcionado por los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencias, pero que aún están en etapa de despliegue de las infraestructuras necesarias para competir plenamente con los primeros (...); b) Obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios a público que le resulta posible hacer al incumbente (...); c) Monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Se encomienda a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, y facilidades (...); d) “En todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva (...); 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”.

⁷² Resolución Exenta Subtel N° 1289/2018, publicada en el Diario Oficial, el 21 de junio de 2018, que modifica Resolución Exenta N° 1489 de 1999, Resolución Exenta N° 4.596 de 2015, y Resolución Exenta N° 6.966 de 2009, y sus modificaciones posteriores.

⁷³ Cabe indicar que, según el 3GPP, la banda 3.5 GHz para la tecnología LTE identifica dos rangos: 3.400-3.600 (banda 42) y 3.600-3.800 (banda 43). Por su parte, para 5G, este organismo identifica dos rangos de frecuencia que componen la Banda 3.5 GHz: 3.300-3.800 (banda n78) y 3.800-4.200 (banda n77). No obstante, dado que las asignaciones a las que se refiere la Consulta de Telefónica se concentran en el rango 3.400-3.600 MHz, se aludirá a la Banda 3.5 GHz, sin otra especificación, se entenderá comprendido el rango de 3.400-3.600 MHz en estándar LTE (banda 42).

90. Esa consulta originó el procedimiento no contencioso Rol NC-449-18 TDLC, caratulado “Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro, sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz” (en adelante, “**Consulta Banda 3.5 GHz**”).

91. En ella, Movistar indicó que, entre los adjudicatarios de diversos bloques en la referida banda de frecuencia, se encuentran empresas que adquirieron concesiones para prestar el servicio público de telefonía inalámbrica en dos procesos de asignación llevados a cabo en los años 2001/2002 y 2006/2007, respectivamente. Las asignatarias en el referido rango de frecuencia son las empresas Entel, Claro, VTR, Grupo GTD y la misma Movistar, pero en distribuciones bastante disímiles entre ellas, tanto en términos de regiones autorizadas como de espectro asignado.

92. De esta forma, se solicitó al H. TDLC que ordene la adopción de resguardos o límites para prevenir que los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz –principalmente Entel y Claro, dadas sus relevantes participaciones en derechos de uso sobre dicha banda- puedan, a través de estas: (i) adquirir ventajas anticompetitivas artificiales e infranqueables, que les permitan excluir a sus competidores en la industria de servicios móviles; y, (b) competir al margen de la estructura concesional, diseñada por la regulación *ex ante* para inyectar competencia.

93. En lo referente a este último punto, se menciona, por una parte, que se debe impedir a los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz prestar servicios distintos a los autorizados por sus respectivos títulos concesionales, materia sobre la cual la H. Comisión Resolutiva, a través de su Resolución N° 584/00, se habría pronunciado ordenando explícitamente que las concesiones fueran otorgadas para prestar el servicio público de telefonía local inalámbrica (lo que asume restringido solamente a “voz”) y no otro, excluyéndose la transmisión de datos.

94. Por otra parte, la consulta en comento solicitó que se examinen y se fijen medidas para evitar que los mismos adjudicatarios desplieguen o continúen el despliegue de una red compatible con 5G, al amparo de sus títulos concesionales en la Banda 3.5 GHz, adelantándose a todo otro operador de la competencia, quienes para transitar a dicha tecnología deberán buscar asignarse concesiones en el marco de un futuro concurso, caracterizado por un alto nivel de incertidumbre que no será enfrentado por los actuales adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz.

95. La Consulta indicó que, con el fin de evitar la referida situación de acaparamiento, ventajas indebidas y uso artificioso y tardío del espectro en la Banda 3.5 GHz, Subtel dictó la Resolución de Congelamiento. En virtud de ella, se suspendió el otorgamiento de nuevas autorizaciones para la prestación de servicios en la referida banda y también la prestación de todos los servicios que operaban en ese momento en la misma, designándose otras bandas de frecuencias de reemplazo en las que podrían solicitarse autorizaciones provisorias para continuar la prestación de esos servicios.

96. En relación con la Resolución de Congelamiento, Entel⁷⁴ y Claro⁷⁵ interpusieron recursos de protección, toda vez que, en esencia, consideraron que ella implicaba una expropiación. Para entender aquello, se debe aclarar que los servicios concesionados en la Banda 3.5 GHz respondían a la lógica de la tecnología de acceso telefónico local inalámbrico (en adelante, “WLL”) y de datos inalámbricos de carácter fijo (en adelante, “WIMAX”)⁷⁶, pero, a la vez, eran necesarios para el despliegue de la red de tecnología 5G. Por ello, esos concesionados pretendían iniciar el despliegue de la red 5G usando esas bandas de frecuencia asignadas para otros servicios. Al respecto, la Resolución de Congelamiento dispuso que esas bandas de frecuencias se encontraban disponibles para un futuro concurso.

97. Sin embargo, transcurridos algunos meses, Subtel revirtió parcialmente esa resolución, exceptuando de los efectos de ella a un cierto porcentaje del espectro que cada operador tenía asignado. Ello se materializó a través de la Resolución Exenta Subtel N° 1953, de octubre de 2018 (en adelante, “**Resolución de Descongelamiento**”) la cual designó, específicamente, los sub bloques o rangos de frecuencia que pasarían a estar exceptuados del congelamiento. En la práctica, esta última resolución significó que los

⁷⁴ Recurso de protección tramitado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol 50.372-2018.

⁷⁵ Recurso de protección tramitado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol 50.351-2018. A este último proceso se acumuló la tramitación del recurso de protección interpuesto por Entel y que se menciona en el pie de página anterior.

⁷⁶ WIMAX es una tecnología similar a una red Wi-Fi, pero con una mayor cobertura, consiguiendo un alcance teórico de hasta 50 Km para accesos inalámbricos desde una ubicación fija. Por su parte la tecnología WLL se refiere a la instalación de estaciones de radio con distribución de tipo celular, para llegar con transmisiones de voz a residencias en las periferias urbanas o en el área rural, sin necesidad de tender cables. Así, se busca reemplazar las líneas fijas tradicionales de cobre por antenas transmisoras colocadas fuera de la vivienda del consumidor. La Norma Técnica aprobada por Subtel en noviembre de 1999 asigna la banda de frecuencias 3.400-3.700 MHz para su desarrollo. Para más información ver <https://www.intel.la/content/www/xl/es/support/articles/000005572/wireless.html> [última visita 16 de octubre de 2023] y https://www.economia.gob.cl/1540/articles-187009_recurso_1.pdf [última visita 16 de octubre de 2023].

concesionarios de los referidos rangos de frecuencia (Entel y Claro) volvieron a estar habilitados para prestar servicios fijos inalámbricos.

98. Como consecuencia de la Resolución de Descongelamiento, Entel y Claro se desistieron el mismo día de sus recursos de protección. Esto último, según Movistar, se debió a que esa resolución les permitía prestar servicios no concesionados cuya infraestructura es compatible con la tecnología 5G, e iniciar la prestación de servicios móviles con dicho espectro con anticipación a los adjudicatarios de un futuro concurso 5G⁷⁷.

99. En resumen, para Movistar, además de revertirse una medida pro-competitiva, con la Resolución de Descongelamiento se agregaron graves inconsistencias, cuyo efecto sería incrementar la posición de privilegio de los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz:

- a. Por una parte, al reconocer que los servicios habilitados son los servicios fijos inalámbricos, se habría excedido el tipo de servicio habilitado por las concesiones otorgadas. En este sentido, la Resolución 584/00 de la H. Comisión Resolutiva, ordenó que el servicio habilitado en dichos concursos no podía ser otro que el “*servicio público de telefonía local inalámbrica*” (vale decir, servicio de voz). Por tanto, los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz no estarían habilitados para prestar transmisión de datos.
- b. Además, la Resolución de Descongelamiento habría agravado la situación de desventaja de todo operador frente a los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz, por cuanto señaló que, por una parte, el derecho de los adjudicatarios de solicitar nuevas concesiones para prestar servicios móviles considerando sus mismas asignaciones, estará suspendido, pero sólo hasta que se dicte la resolución de adjudicación del futuro Concurso 5G en esta banda. Esta declaración reviste gravedad en opinión de Movistar por dos motivos:
 - i. Porque limita la ventaja de primer jugador de que gozarían los adjudicatarios de la Banda 3.5 GHz solo hasta “*la adjudicación*” del futuro Concurso 5G, es decir, sólo hasta dictado el acto de otorgamiento de concesión, no incluyendo el plazo de término de las obras e inicio del servicio para desplegar la red por los adjudicatarios del futuro concurso. Por tanto, cuando los futuros adjudicatarios estén comenzando su

⁷⁷ Consulta Banda 3.5 GHz, p. 12.

despliegue, los actuales concesionarios de la Banda 3.5 GHz podrán ya prestar servicios móviles; y,

- ii. Porque la Resolución de Descongelamiento incorpora una cláusula que deja automáticamente sin efecto a la Resolución Exenta Subtel N° 1289 en su integridad, una vez que sea adjudicado el futuro Concurso 5G. Con todo ello, los adjudicatarios actuales de la Banda 3.5 GHz podrán, en definitiva, arbitrar si deciden participar en el futuro Concurso 5G o si no lo hacen y mantienen sus asignaciones, teniendo la expectativa de que, al adjudicarse las nuevas concesiones a otros operadores, serán restablecidas en su plenitud sus adjudicaciones, quedando sin efecto la Resolución de Congelamiento. De esta forma, esos adjudicatarios no enfrentan riesgo, ya que participen o no podrán aspirar a contar con el ancho de banda original.
- c. Finalmente, uniendo los efectos de la Resolución de Descongelamiento con la propuesta contenida en la Consulta de la Subtel en materia de *caps* (es decir, en el Rol NC-448-2018 TDLC), se desprende que dicha autoridad, además de todas las ventajas anteriores, estudiaba reconocer una preferencia en la adjudicación en el futuro Concurso 5G a los actuales adjudicatarios de las Bandas 3.5 GHz, por el plazo remanente de sus concesiones, del modo que señala la resolución indicada⁷⁸.

100. En base a lo anterior, la Consulta solicitó al H. TDLC que se pronuncie acerca de si la eventual ejecución de las resoluciones mencionadas podría infringir la Resolución N° 584 de la H. Comisión Resolutiva y, en general, la libre competencia; y, en su caso, establecer las medidas necesarias para resguardar ese bien jurídico.

101. La FNE aportó antecedentes en la Consulta Banda 3.5 GHz, con fecha 18 de febrero de 2019, a folio 1176. En ese escrito, se indicó que, a la fecha de dictación de la Resolución N° 584/2000 de la H. Comisión Resolutiva⁷⁹, el servicio de acceso de internet se prestaba en modalidad conmutada a través de la red telefónica (“acceso a internet como una llamada más”) y ello se subsumía en el ámbito de las “prestaciones complementarias” que podían prestarse mediante la conexión y conmutación de equipos a la red telefónica. Sin embargo,

⁷⁸ Al respecto, la Subtel proponía como medida para considerarse en los futuros Concursos 5G, un “reconocimiento a los incumbentes de preferencia, y de ser aplicable, pecuniario, en la adjudicación de las bandas de espectro radioeléctrico que se concursan por, entre otros, el plazo remanente de sus concesiones” Consulta Subtel, p. 57, Rol NC-448-18 TDLC.

⁷⁹ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-449-2018 TDLC, pp. 56-57.

no estaba generalizada y tampoco tenía un estatuto jurídico propio el acceso a internet dedicado o transmisión de datos.

102. Por tanto, la Resolución N° 584/00 no tuvo cómo prever la posibilidad de comercializar el servicio de transmisión de datos dedicado junto al servicio de voz. Frente a lo anterior, y discutiéndose la interpretación del tenor de esa Resolución, habiéndose producido un importante avance tecnológico, debía examinarse ese tenor a la luz de la neutralidad y de convergencia tecnológica. Lo anterior son principios que están recogidos en esa Resolución, porque indica que los adjudicatarios podrían determinar libremente los tipos de comunicaciones a ofrecer dentro de las bandas de frecuencias que se les asignaran y podrían elegir la tecnología de los sistemas a emplear, circunstancias que, para la H. Comisión, *“promovían efectivamente la libre competencia”*.

103. En definitiva, visto desde esta perspectiva, no es correcto interpretar que la Resolución N° 584/00 haya pretendido impedir la adopción de nuevas tecnologías con las asignaciones en la Banda 3.5 GHz. Por el contrario, se verifica una mayor intensidad en la competencia cuando no existen limitaciones regulatorias a la adopción de soluciones tecnológicas que mejoran la capacidad de los usuarios finales de sustituir un servicio por otro. Este era el principal objetivo de la Resolución N° 584/00, al requerir aclarar que el servicio de telefonía inalámbrica era un servicio “fijo”, que podría competir con el par de cobre en transmisión de voz, y también en lo que a esa época era un servicio complementario de “acceso a internet”, hoy denominado “transmisión de datos”⁸⁰.

104. En cuanto a las proyecciones y desarrollo de las variables competitivas asociadas a la entrada en operación de 5G, la FNE manifestó que, si bien Claro y Entel están efectuando actualizaciones tecnológicas en la Banda de 3.5 GHz para la prestación de servicios fijos inalámbricos, la tecnología desplegada por Entel es mayormente compatible con 5G al utilizar LTE-TDD Massive MIMO en dicha banda. Además, señaló que es previsible que en el corto plazo haya una mayor disponibilidad de espectro⁸¹.

105. En cuanto a los riesgos para la competencia, la FNE estimó que ellos no eran de una entidad suficiente. En este sentido, en primer lugar, consideró que era probable que Entel pueda contar con ventaja de tiempo y de amparo de mayor certeza regulatoria porque puede preparar el despliegue de la tecnología 5G con mayor anticipación. Sin embargo, lo relevante era determinar si la ventaja es irremontable para sus competidores y si afecta la

⁸⁰ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, p. 58.

⁸¹ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, pp. 59-61.

competencia respecto de los usuarios finales. Al respecto, esa probable ventaja de despliegue inicial no amerita imposición de medidas “absolutas” como congelamiento o suspensión total de desarrollo de nuevas tecnologías porque frenaría la innovación.

106. En segundo término, esta FNE descartó las ventajas de primer jugador alegadas por Movistar, a saber: (i) en cuanto a la disposición de espectro pionero para 5G, en comparación con ausencia de este espectro en el resto de operadores, estimó que esta ventaja podría verse mitigada si existe disponibilización efectiva del nuevo espectro, aplicándose los *caps* respectivos; (ii) en cuanto a la ventaja temporal dada por la misma asignación de espectro en Banda 3.5 GHz, señaló que mientras los nuevos adjudicatarios de Banda 3.5 GHz, tardarían entre 25 y 30 meses en lograr el 30% de penetración, los actuales adjudicatarios demorarían desde 14 hasta 25 meses, no siendo una diferencia irremontable; y, (iii) frente a las ventajas de despliegue e inicio de servicios en 5G, propuso que era clave velar por reducir las barreras de salida que los operadores que hayan gozado de esta ventaja podrían establecer sobre sus clientes.

107. De esta forma, considerando los riesgos, ineficiencias y el incremento en el escenario de incertidumbre jurídica aparejado a las medidas de congelamiento absoluto como las que podrían desprenderse de la Consulta de Movistar y, además, que los beneficios que se seguirían de ellas no serían suficientes como para compensarlos, esta Fiscalía argumentó que no existía un fundamento de protección de la libre competencia que las justificase.

108. Finalmente, con fecha 31 de agosto de 2020, el H. TDLC, dictó la Resolución 62/2020 TDLC, que puso fin a la Consulta 3.5 GHz, rechazándola. En particular, indicó que las condiciones de competencia en el mercado de los servicios móviles han evolucionado desde la perspectiva de competencia. Así, se ha reducido la concentración en la industria, se han introducido reformas legales y reglamentarias que han favorecido la entrada de nuevos actores y han aminorado los costos de cambio de los usuarios finales y, en general, los avances tecnológicos han permitido una competencia más intensa⁸².

109. La Resolución agregó que se ha identificado que la Banda 3.5 GHz es prioritaria para la provisión de servicios móviles de nueva generación, pero existen otras bandas útiles y necesarias para proveerlos, existiendo capacidad espectral que la Subtel puede concursar para generar mayor competencia en la tecnología 5G⁸³.

⁸² Resolución 62/2020 TDLC, considerando 178°.

⁸³ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 179°.

110. En este sentido, de acuerdo con el principio de convergencia tecnológica, estimó que la Resolución de Congelamiento y la Resolución de Descongelamiento no infringen la Resolución N° 584-2020, porque ésta no limitó los servicios que podían prestarse en la Banda 3.5 GHz, sino que dispuso que la norma técnica debía explicitar que los servicios autorizados pertenecían a una cierta categoría normativa⁸⁴.

111. Además, dispuso que la única manera en que esas resoluciones infrinjan las disposiciones del DL 211 o la competencia por la cancha en el acceso al espectro, es que ellas se interpreten “(...) *de modo que las actuales concesionarias solo requieren solicitar una modificación de su concesión y no requieren participar en un futuro concurso público para prestar servicios de telefonía móvil en la Banda 3.5*”⁸⁵.

112. Finalmente, la Resolución 62/2020 TDLC, señaló que el despliegue de la infraestructura de 5G en la Banda 3.5 GHz no entrega ventajas significativas a Entel y Claro, porque: (i) el costo de los celulares aptos para 5G sería alto en los primeros años del servicio, de modo que la adopción de esa tecnología sería paulatina⁸⁶; y, (ii) se han reducido significativamente los costos de cambio o de salida de los usuarios, reduciéndose el riesgo de usuarios cautivos⁸⁷.

113. La Resolución 62/2020 TDLC fue objeto de recursos de reclamación por Movistar, solicitando modificar el Resuelvo N° 1 y N° 3, por estimar que las Resoluciones de Congelamiento y Descongelamiento sí tenían la aptitud de (i) infringir la Resolución N° 584/00; y, (ii) otorgar ventajas significativas de primer jugador a los actuales asignatarios de dicha banda de frecuencias. Sin embargo, Movistar, con fecha 19 de marzo de 2021, se desistió del recurso de reclamación, adquiriendo la Resolución mencionada el carácter de firme y ejecutoriada.

114. Sin perjuicio de lo anterior, en 2022 se realizaron nuevas presentaciones en este caso, las que se analizarán más adelante.

E.Consulta de Telefónica por Concursos 5G (RoI NC 481-2020 TDLC)

⁸⁴ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 180°.

⁸⁵ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 181°.

⁸⁶ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 174°.

⁸⁷ Resolución 62/2020 TDLC, considerando 175°.

115. Finalmente, el último antecedente judicial en materia de telecomunicaciones en relación con las materias actualmente consultadas corresponde a la “*Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. sobre las Bases de Licitación de los denominados Concursos públicos 5G*”, Rol NC 481-2020 TDLC (“**Consulta Concursos 5G**”). Ella fue iniciada por Movistar, y solicitó al H. TDLC pronunciarse acerca de si las bases de los Concursos Públicos 5G podían infringir la libre competencia⁸⁸.

116. Movistar identifica que las bases de los Concursos 5G suponen los siguientes riesgos para la competencia: (i) incumplimiento de los *caps* vigentes e incertidumbre acerca de su base de cálculo; (ii) exclusión por la forma de dividir el espectro a asignar (bloques) que impide injustificadamente participar a competidores en ciertos concursos⁸⁹ y otorga ventajas anticompetitivas a algunos operadores en otros concursos; (iii) limitación injustificada de la competencia, al forzar una licitación, estableciendo un mecanismo de subastas para los Concursos 5G; (iv) distorsión del proceso competitivo porque indisponibilizan espectro (afectando la competencia por la cancha y en la cancha), otorgando ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz; (v) potencial infracción de la decisión de la Excma. Corte Suprema en la sentencia *caps* en cuanto ordenan privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño; (vi) imposición de un régimen de asignación de espectro basado en el principio de neutralidad de servicio, en un contexto donde no se adoptan medidas para nivelar la cancha entre los diversos operadores; y, (vii) dificultad para participar en atención al monto de las boletas de garantía exigidas.

117. En el desarrollo que Movistar realiza de esos riesgos es posible apreciar que el primero de ellos tiene relación con la Consulta actual. En efecto, Movistar al exponer el contenido de ese riesgo, menciona el resuelvo 171° de la Resolución 59/2019 TDLC que, como vimos, dispone como requisito para participar en un futuro concurso el ajuste al *caps* de la macro banda respectiva. En base a ese sólo resuelvo⁹⁰, Movistar cuestiona las Bases 5G, sosteniendo que los OMR podrían superar los *caps* vigentes. Al respecto, el planteamiento de dicha compañía fue explícito respecto de su entendimiento, al señalar que

⁸⁸ Indica Movistar que se entenderá bajo la expresión “Banda 3.5 GHz” a todo el espectro comprendido entre las bandas de frecuencia 3,30 y 3,80 GHz, sin perjuicio de que en el Concurso Público 5G atingente a esa banda, sólo se asignará espectro en las bandas de frecuencia 3,30-3,40 GHz y 3,60-3,65 GHz.

⁸⁹ Bloque único del Concurso de la Banda 700 y del Concurso de la Banda AWS suaviza la competencia por la cancha.

⁹⁰ Sin considerar lo expresado por la Excma. Corte Suprema en la sentencia Rol 181-2020, considerando 17°.

los OMR estarían facultados para ajustar su posición de exceso espectral dentro de los 6 meses siguientes a la dictación de la resolución de asignación.

118. Dicha visión se reitera en la Consulta 5G, donde Movistar identifica los mismos riesgos y problemas que trae consigo el ajuste *ex post* y que son mencionados en el actual proceso Rol NC 583-2020 TDLC⁹¹.

119. Como consecuencia de lo anterior, Movistar señaló en la Consulta 5G que “*Aclarado lo riesgoso que resultan las Bases de los Concursos Públicos 5G para la libre competencia, es absolutamente necesario que Subtel, con antelación a cada concurso, señale expresamente cuál es el Cap Vigente –y su base de cálculo- para la macro banda relevante (en la especie, para las macro bandas baja, media baja, media y alta)*”⁹² (resaltado nuestro).

120. Como se aprecia de la cita precedente, Movistar incluyó dentro de la solución al riesgo que se cometa, la necesidad de que la Subtel explicitara en las bases de los Concursos 5G, la manera en que debía efectuarse la base de cálculo respectiva (lo que se relaciona con la segunda materia sometida a decisión en el actual proceso Rol NC 583-2020 TDLC). Sin embargo, Movistar en esa oportunidad no señaló ninguna consideración sobre cómo debía calcularse esa base.

121. Adicionalmente, cabe indicar que la FNE aportó antecedentes con fecha 23 de diciembre de 2020, a folio 83. Dentro de los múltiples aspectos incluidos en la presentación referida, nos concentraremos en aquello que incide en el actual proceso no contencioso.

122. Al respecto, la FNE manifestó que los supuestos riesgos de arbitrio de información o de oportunismo de los oferentes en los Concursos Públicos 5G que puedan exceder el *cap* con el resultado del concurso, o de indisponibilización ineficiente del espectro han sido, en realidad, previstos y mitigados por el diseño de las bases, las que replicaron y reforzaron la regla establecida en la sentencia de la Excm. Corte Suprema en el Rol 181-2020, 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 concurso⁹³.

⁹¹ Consulta Concursos 5G, pp. 22-24.

⁹² Consulta Concursos 5G, p. 24.

⁹³ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-481-2020 TDLC, p. 37.

123. En específico, se indicó que los mecanismos de ajuste *ex post* generan condiciones que incrementan la intensidad competitiva y rivalidad en los concursos. En primer término, acrecientan el número de potenciales oferentes y, además, introducen 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 aumentarlas⁹⁴.

124. Asimismo, ese diseño permite que los operadores que ya cuentan con espectro participen en los concursos para optimizar su tenencia de derechos de uso de espectro con cualidades técnicas diversas, de modo de lograr un portafolio⁹⁵.

125. Frente al riesgo de indisponibilización ineficiente de espectro, adicionalmente a los mecanismos por los cuales se pueden llevar a cabo (transferencia o venta de concesiones, renuncia a concesiones, o, modificación de concesión), se señaló que lo esencial es que esos mecanismos exijan plazos razonables⁹⁶.

126. Finalmente, con fecha 23 de junio de 2021, a folio 220, Movistar retiró la Consulta Concursos 5G porque, habiendo el H. TDLC rechazado la suspensión de los concursos, ellos fueron adjudicados durante la tramitación del procedimiento⁹⁷. En su escrito, además, manifiesta que en dicho expediente “[e]l H. Tribunal manifestó su parecer respecto de uno de los principales riesgos identificados en la Consulta”.

F. Recurso de aclaración de Subtel sobre la Resolución N° 62/2020 y Reclamación de Wom

127. Con fecha 24 de noviembre de 2022, Subtel solicitó aclarar la Resolución 62/2020, en el sentido de determinar si la imposibilidad que tiene este regulador de eximir a los actuales concesionarios de derechos de uso y goce sobre la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz de participar en futuros concursos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, comprende o no la posibilidad de otorgar prestaciones o atributos móviles sobre las bandas de frecuencias ya asignadas para servicios fijos

⁹⁴ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-481-2020 TDLC, p. 8.

⁹⁵ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-481-2020 TDLC, p. 9.

⁹⁶ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-481-2020 TDLC, pp. 9-10.

⁹⁷ Como contexto, cabe indicar que Movistar había solicitado una medida prejudicial de suspensión inmediata de los concursos públicos diseñados por la Subtel respecto de la Banda 5G, solicitud que se tramitó en el proceso Rol C-408-2020 TDLC. Esa solicitud fue rechazada de manera definitiva por resolución de fecha 17 de noviembre de 2020, dictada a folio 60 de ese procedimiento.

inalámbricos, sujeto a condiciones y contraprestaciones equivalentes a las que habrían tenido lugar en un concurso público.

128. Por resolución de 7 de diciembre de 2022, el H. TDLC no hizo lugar a la aclaración, fundado en *“lo indicado en los párrafos 143, 145, 147 a 150, 162 y 181 de la resolución objeto del recurso y lo dispuesto en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio de su derecho a iniciar un procedimiento para modificar la Resolución N° 62/2020 de considerar que ha tenido lugar un cambio en las circunstancias que motivaron su dictación”*.

129. Con todo, esa resolución fue objeto de reposición por la Subtel y por Claro. Al respecto, el H. TDLC, por resolución de 6 de enero de 2023, acogió los recursos de reposición, *“solo en cuanto se aclara que el resuelvo número 2) de la Resolución N° 62 se limita a la ejecución de las Resoluciones Exentas N° 1.289/2018 y N° 1.953/2018, por lo cual, una vez que estas han perdido su vigencia, dicho resuelvo no restringe la facultad de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de modificar concesiones vigentes en la medida en que lo permita la normativa sectorial aplicable”*.

130. En contra de esa resolución se interpuso recurso de reclamación por parte de Wom, que originó ante la Excma. Corte Suprema la causa Rol 119.432-2023.

131. Con fecha 7 de septiembre de 2023, esto es, con posterioridad a la presentación de la Consulta, se acogió el recurso de reclamación (**“Sentencia Reclamación Wom”**), rechazando los recursos de reposición interpuestos por la Subtel y Claro en contra de la resolución que acogió la aclaración presentada por la autoridad referida.

132. En particular, la Excma. Corte Suprema determinó que la modificación de una concesión, ampliando los servicios que la concesionaria puede brindar *“(…) sólo se podía realizar a través de un concurso público, sin que procediera la asignación directa, tanto para empresas de telecomunicaciones que tuvieran o no concesiones vigentes en la Banda 3.5, pues todos debían concurrir a través de concurso público para la asignación del espectro radioeléctrico”*⁹⁸.

⁹⁸ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 7 de septiembre de 2023, Rol 119.432-2023, considerando 9°.

133. Si bien la Sentencia Reclamación Wom es posterior a la Consulta y, por ende, no fue indicada en ésta como un nuevo antecedente en los términos del artículo 32 del DL 211, podría tener injerencia en una de las materias consultadas, como se mencionará *infra*.

IV ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y SERVICIOS DE TELEFONÍA MOVIL

A. Consideraciones Generales

134. La normativa vigente establece que el espectro radioeléctrico es un bien cuyo dominio pertenece a la nación toda⁹⁹. El uso y goce de las frecuencias del espectro es de libre e igualitario acceso a través de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado¹⁰⁰.

135. Adicionalmente, la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGT”) dispone que las concesiones de servicios de telecomunicaciones móviles se otorgan por concurso público¹⁰¹, dado que requieren precisamente este recurso escaso que es el espectro radioeléctrico, siendo los elementos esenciales de cada concesión: (i) el tipo de servicio; y, (ii) el período de la concesión¹⁰². El plazo de cada concesión de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones es de 30 años, renovable por períodos iguales, a solicitud de parte interesada¹⁰³.

136. Su control y administración está a cargo de la Subtel¹⁰⁴, quien para tal efecto debe elaborar un plan de uso del espectro radioeléctrico¹⁰⁵. En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema indicó que, en su administración, Subtel debe de velar por un acceso igualitario y

⁹⁹ Artículo 2° de la LGT.

¹⁰⁰ Artículo 8° de la LGT.

¹⁰¹ El Artículo 13 C de la LGT establece que las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones deberán otorgarse a través de un concurso público cuando exista una norma técnica que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones.

¹⁰² Artículo 13 de la LGT.

¹⁰³ Artículo 8° de la LGT modificado mediante Ley 19.277 publicada el 20 de enero de 1994 indica: “El plazo de las concesiones se contará desde la fecha en que el respectivo decreto supremo se publique en el Diario Oficial; será de 30 años para los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, renovable por períodos iguales, a solicitud de parte interesada; y de 25 años para las concesiones de radiodifusión respecto de las cuales la concesionaria gozará de derecho preferente para su renovación, de conformidad a los términos de esta ley”.

¹⁰⁴ Artículo 6° inciso f) de la LGT.

¹⁰⁵ Artículo 24 inciso d) de la LGT.

un uso eficiente del mismo¹⁰⁶ cumpliendo, asimismo, con las normas de libre competencia¹⁰⁷.

137. En relación con los resguardos a la libre competencia, la Exma. Corte Suprema en la Sentencia *Caps*, indicó que *“las dos grandes máximas que orientan la política competitiva en el mercado de las comunicaciones móviles consisten, precisamente, en la proscripción del acaparamiento y la promoción del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico”*¹⁰⁸. De esta forma, para el aprovechamiento adecuado de este recurso, de acuerdo con lo examinado en el capítulo III, se establecieron *caps* de espectro y la obligación para cada concesionario de presentar un plan de uso efectivo y eficiente de dicho insumo¹⁰⁹.

138. En lo relativo a la gestión de frecuencias, dado el carácter global en la prestación de estos servicios, es conveniente notar que existen distintos organismos supranacionales que propician la armonización y la estandarización de estas tecnologías. Al respecto, la ITU se encarga de la elaboración de normas técnicas que buscan garantizar la interconexión armoniosa de redes y tecnologías¹¹⁰. Mismo objetivo persigue, desde el ámbito privado, el 3GPP descrito *supra*. Si bien los reglamentos, normas e informes emanados por estos organismos no son vinculantes, los mismos son considerados por Subtel a la hora de definir aspectos técnicos de la política pública nacional en materia de telecomunicaciones¹¹¹.

¹⁰⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerando 19°.

¹⁰⁷ Sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 73.923-2016, considerandos 2° a 7°.

¹⁰⁸ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 46°.

¹⁰⁹ Esta medida fue solicitada originalmente por Subtel en la Consulta Subtel, Rol NC-448-2018 TDLC, y fue concedida por la Excm. Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa Rol 181-2020, según consta en el resolutivo I.B.d), que dispone: “En todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva. Inicialmente la exigencia debe incluir también las frecuencias preexistentes al concurso, concesionadas al mismo operador en el pasado o adquiridos por éste. Dicho plan deberá ser aprobado por Subtel antes de la solicitud de recepción de las obras de la concesión, siendo responsabilidad del adjudicatario presentarlo con la debida anticipación. La existencia de este plan deberá generar como consecuencia la aplicación del principio de que las frecuencias o su capacidad de transmisión que no se usen efectivamente conforme con el plan comprometido, deberá obligatoriamente ser puesta a disposición de terceros interesados, de diversos modos: i. Cesión de uso a otros OMR preferentemente entrantes o de menor tamaño, mediante mecanismos no discriminatorios y que le permitan al cedente sólo recuperar costos eficientes, pero no especular. Evidentemente, el cesionario deberá aceptar y garantizar el cumplimiento de los compromisos del plan de uso efectivo y eficiente de las frecuencias; ii. Desinversión a terceros o devolución al Estado de las concesiones por incumplimiento del plan de uso”.

¹¹⁰ Para más información ver <https://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>. [Última visita, 18 de octubre de 2023].

¹¹¹ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 130°.

139. De esta manera, el Reglamento de Radiocomunicaciones de la ITU distingue tres conceptos¹¹² que serán de utilidad a la hora de cuantificar la tenencia de este recurso por parte de los OMR y el cumplimiento de las Sentencias *Caps*.

- a. Atribución de una banda de frecuencias. Es la inscripción dentro del cuadro de atribución de bandas de una banda de frecuencias determinada, para que sea utilizada por uno o varios servicios de radiocomunicación terrenal o espacial o por el servicio de radioastronomía en condiciones especificadas. En Chile, dicho cuadro está contenido en el Plan General de Uso de Espectro Radioeléctrico (en adelante, “**Plan de Uso**”) publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril de 2006¹¹³.
- b. Adjudicación de una banda de frecuencia. Es la inscripción de una banda de frecuencia a un plan, adoptado por una conferencia competente, para ser utilizado por una o varias administraciones para un servicio de radiocomunicación terrenal o espacial en uno o varios países o zonas geográficas determinados y según condiciones especificadas. En nuestro país, la adjudicación de frecuencias está a cargo de Subtel a través de la emisión de normas técnicas específicas, en las que determina las condiciones en las se debe utilizar cada frecuencia.
- c. Asignación de una banda de frecuencia. Es la autorización que da una administración para que una estación radioeléctrica utilice una banda de frecuencia determinada en condiciones especificadas. En Chile, dichas autorizaciones son otorgadas por Subtel a través de las resoluciones de otorgamiento de una concesión como resultado de la conclusión de un proceso de concurso público¹¹⁴.

B. Requerimientos de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles

B.1. Evolución tecnológica

¹¹² Reglamento de Radiocomunicaciones Edición de 2020. Artículo 1 Sección II. Disponible en <https://www.itu.int/pub/R-REG-RR/es> [Última visita, 18 de octubre de 2023].

¹¹³ Este plan está sujeto a constantes cambios, siendo la última modificación el 24 de abril de 2023 mediante Decreto N° 192 del MTT.

¹¹⁴ Artículo 13° C de la LGT y Decreto N° 412, de 28 de octubre de 1995, modificado el 19 de julio de 2022 que Reglamenta el concurso público a que se refiere el Artículo 13° C de la LGT, para otorgar Concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones (en adelante, “**Reglamento**”).

140. La industria de los servicios de telecomunicaciones móviles está en constante cambio en virtud del sostenido desarrollo tecnológico del sector. Esto se constata en una importante evolución de generaciones tecnológicas según su forma de operar sus servicios y su desempeño técnico¹¹⁵. En consecuencia, las necesidades de espectro radioeléctrico por parte de los OMR han ido cambiando a lo largo del tiempo, en cuanto a la cantidad de frecuencias, su ubicación en las distintas macro bandas, la necesidad de que se encuentren contiguas o no y su ubicación geográfica¹¹⁶.

141. Abona a lo anterior, el desarrollo de la quinta generación de comunicaciones móviles (en adelante, “5G”) que constituye un nuevo estándar tecnológico e introduce mejoras significativas al paradigma de las redes actualmente en uso, fundamentalmente debido a su gran capacidad, alta velocidad y baja latencia¹¹⁷. Para el desarrollo pleno de esta tecnología, es necesario aprovechar las diversas propiedades de las diferentes bandas de frecuencias, con el objeto de aumentar la eficiencia en el diseño de las redes y en el mejoramiento de los servicios de telecomunicaciones¹¹⁸.

142. Cabe indicar que la implementación del 5G, no implica el abandono de tecnologías anteriores. Por el contrario, como se observa en la tabla siguiente, si bien la tendencia en el tiempo es la adopción de nuevas tecnologías, este es un proceso paulatino que obliga a los proveedores de servicios a mantener disponible una oferta amplia de tecnologías¹¹⁹. Así, por ejemplo, en la actualidad aún existen en Chile, aunque en un porcentaje muy disminuido, conexiones que operan con tecnología 2G.

¹¹⁵ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 97°.

¹¹⁶ Consideraciones para una política de límites máximos de espectro. Preparado por los Académicos José Correa, Rafael Epstein y Juan Escobar del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Presentado por Subtel en su aporte de antecedentes a la Consulta sobre el límite máximo del espectro radioeléctrico Rol NC N° 448-18.

¹¹⁷ Resoluciones Exentas N°s 1365, 1366, 1367 y 1368, de 14 de agosto de 2020 donde Subtel aprueba las bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en bandas de frecuencias situadas en las macro bandas baja, media baja, media y alta respectivamente. Para más información ver <https://www.subtel.gob.cl/concursos5g/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹¹⁸ Resolución Exenta N° 2173, de 12 de octubre de 2023. Donde Subtel aprueba el informe relativo a la medida complementaria e) de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, recaído en la causa Rol N° 181-2020, de 13 de julio de 2020. Página 3. Disponible en https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹¹⁹ La gradualidad en el proceso de adopción de nuevas tecnologías tiene relación con el alto costo de los terminales en los primeros años de servicio. Resolución 62/2020 TDLC, considerando 175°. Aunque como se desprende de la tabla, parece ser que la tecnología 5G estaría siendo adoptado a una mayor velocidad.

Tabla N° 5: Evolución de conexiones móviles por tipo de tecnología a junio de cada año (2010-2023)¹²⁰

| Año | Tipo de tecnología | | | | Conexiones Móviles |
|-----------------------------------|--------------------|-------------|--------------|--------------|--------------------|
| | 2G | 3G | 4G | 5G | |
| 2010 | 3.284.863 | 1.053.617 | 0 | 0 | 4.338.480 |
| 2011 | 3.750.297 | 2.241.188 | 0 | 0 | 5.991.485 |
| 2012 | 4.117.626 | 3.946.142 | 0 | 0 | 8.063.768 |
| 2013 | 3.840.570 | 5.447.665 | 0 | 0 | 9.288.235 |
| 2014 | 2.603.845 | 7.637.528 | 184.382 | 0 | 10.425.755 |
| 2015 | 1.113.939 | 8.501.727 | 1.102.739 | 0 | 10.718.405 |
| 2016 | 995.519 | 7.349.169 | 4.033.779 | 0 | 12.378.467 |
| 2017 | 528.483 | 5.738.255 | 8.328.826 | 0 | 14.595.564 |
| 2018 | 405.188 | 4.339.099 | 13.068.827 | 0 | 17.813.114 |
| 2019 | 317.096 | 2.739.847 | 15.883.966 | 0 | 18.940.909 |
| 2020 | 248.343 | 2.306.720 | 16.816.618 | 0 | 19.371.681 |
| 2021 | 158.967 | 1.827.629 | 19.894.763 | 0 | 21.881.359 |
| 2022 | 148.750 | 1.282.967 | 20.357.285 | 843.046 | 22.632.048 |
| 2023 | 198.921 | 1.044.135 | 18.417.275 | 2.802.240 | 22.462.571 |
| Participación a junio 2023 | 0,9% | 4,6% | 82,0% | 12,5% | |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública por SUBTEL¹²¹

143. Un segundo aspecto que se desprende de la tabla anterior es el aumento en la velocidad de adopción de nuevas tecnologías. Así, entre junio de 2022 y junio de 2023, el número de conexiones de 5G creció en cerca de dos millones, lo que representa casi el doble respecto al aumento de conexiones cuando se adoptó la tecnología 4G. En este último caso las conexiones crecieron, entre junio de 2014 y junio de 2015, algo menos de un millón.

144. Con todo y tal como lo estableció este H. TDLC¹²², las tecnologías móviles 5G son el nuevo estándar de servicio y su adopción debiese seguir los criterios y estándares planteados por el Sector de Radiocomunicaciones de la ITU denominados “International Mobile Telecommunications – 2020” (en adelante, “**IMT-2020**”) para redes, dispositivos y servicios 5G, así como los lineamientos establecidos por 3GPP.

¹²⁰ Los datos consignados en la tabla corresponden a las conexiones agregadas por tecnología a junio de cada año.

¹²¹ Información disponible en el sitio web de Subtel en la dirección: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2023/09/2_SERIES_CONEXIONES_INTERNET_MOVIL_JUN23_280823.xlsx [última visita, 20 de octubre de 2023]

¹²² Resolución 62/2020 TDLC, considerandos 157° a 165°.

145. En particular, 3GPP establece la especificación de las bandas de frecuencias denominadas *new radio* (en adelante, “NR”) aptas para el desarrollo de la tecnología 5G, agrupándolas en dos rangos de frecuencias¹²³:

- a. FR1, para aquellas frecuencias comprendidas entre los 410 MHz y los 7.125 MHz (conocidas como bandas bajas y medias), donde la tecnología LTE (utilizada para servicios 4G) será compatible para prestar servicios 5G; y,
- b. FR2, para las frecuencias comprendidas entre los 24.250 MHz y los 52.600 MHz (conocidas como bandas altas o milimétricas), sobre las cuales se desarrollará la tecnología 5G.

146. Respecto de las necesidades de espectro para 5G, como se indica en el párrafo anterior, ya existe una estándar para todas para bandas de frecuencias. En el caso de Chile, a la fecha se tiene norma técnica aprobada por Subtel para prestar los servicios de telecomunicaciones móviles para las frecuencias por debajo de los 6 GHz y para el segmento 25.900 MHz – 27.500 MHz¹²⁴ (bandas milimétricas). Respecto de la macro banda media alta, entre 6.000 MHz y 24.000 MHz, en la actualidad no existen asignaciones ni una norma técnica que adjudique alguna frecuencia para el desarrollo de la tecnología 5G desplegada¹²⁵.

147. Un aspecto adicional en el desarrollo tecnológico se refiere al modo de explotación de las bandas. Así, las bandas dúplex de división de frecuencias o FDD necesitan una frecuencia específica de subida y otra de bajada, ya que la estación es capaz de transmitir y recibir señales de forma simultánea, estando asociadas a bandas más bajas. Por su parte, el sistema de bandas dúplex por división de tiempo o TDD separa las señales emitidas y recibidas en una misma frecuencia en distintos intervalos de tiempo¹²⁶. La ventaja de la

¹²³ De acuerdo con 3GPP en su versión ETSI TS 138 104 V 17.5 de abril de 2022, los requerimientos a través de las especificaciones para cada radio frecuencia están definidas de forma separada para distintos rangos de frecuencia. Definiendo el FR1 como el rango de frecuencia que se más apropiado a la integración con los actuales sistemas de comunicación móvil. Por otro lado, la FR2 tiene como objetivo proporcionar una capacidad de velocidad de datos muy alta de corto alcance para el desarrollo de soluciones tecnológicas específicas. Para más información ver: https://www.etsi.org/deliver/etsi_ts/138100_138199/138104/17.05.00_60/ts_138104v170500p.pdf páginas 33 y siguientes [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹²⁴ Resoluciones Exentas N°s 1365, 1366, 1367 y 1368, de 14 de agosto de 2020 donde Subtel aprueba las bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en bandas de frecuencias situadas en las macro bandas baja, media baja, media y alta respectivamente. Para más información ver <https://www.subtel.gob.cl/concursos5g/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹²⁵ Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 2.

¹²⁶ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 137°.

tecnología TDD, usada principalmente en las macros bandas media, media alta y alta, es que prescinde de una banda de guarda, demandando para su uso eficiente de la explotación de una mayor cantidad de frecuencias contiguas. En consecuencia, la necesidad de espectro contiguo es especialmente relevante en las macro bandas más altas¹²⁷.

148. Finalmente, para una operación eficiente, la cantidad de frecuencias asignadas a cada OMR debería ser creciente entre macro bandas. Así, por ejemplo, una asignación de 10 MHz no tiene el mismo valor para un OMR si ese espectro está situado en la macro banda baja o en una macro banda más alta. Así, para un adecuado despliegue de esta tecnología, es necesario adjudicar mediante normas técnicas rangos más grandes mientras mayor es la frecuencia, así como disponer en los concursos bloques más grandes mientras mayor sea la macro banda¹²⁸.

149. En resumen, un despliegue eficiente de esta tecnología necesita que cada operador tenga a su disposición cantidades adecuadas de espectro de acuerdo con las necesidades de cada macro banda, así como que las asignaciones en las macro bandas medias y altas sean contiguas.

B.2. Evolución en la asignación de las bandas de frecuencias asociadas al servicio de telecomunicaciones móviles

150. Para un adecuado entendimiento de los criterios utilizados por Subtel para verificar el cumplimiento de la Sentencia *Caps* en el marco de los Concursos 5G¹²⁹, es necesario describir brevemente, la evolución que tuvo la asignación de frecuencias a los OMR hasta antes de estos concursos.

151. Así, en la macro banda baja se tienen tres bandas en actual uso: 700 MHz, 850 MHz y 900 MHz, con un espectro total, antes de los Concursos 5G, de 140 MHz que se encontraban asignados a los tres más grandes operadores móviles de acuerdo con la siguiente tabla¹³⁰.

¹²⁷ Resolución 59/2019 TDLC, considerandos 151° y 152°.

¹²⁸ Resolución 59/2019 TDLC, considerandos 163° y 166°.

¹²⁹ Entre agosto y noviembre 2020, la Subtel llamó a 4 concursos públicos para adjudicarse un total de 20 MHz en la macro banda baja, 30 MHz en la macro banda media baja, 150 MHz en la macro banda media y 1600 MHz en la macro banda alta. Para más información ver, informe resultado de los Concursos 5G, Disponible en https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁰ Sentencia Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14°.

Tabla N° 6: Macro Banda Baja (2020)

| Operador | Asignación ¹³¹ |
|----------|---------------------------|
| Entel | 50 MHz |
| Movistar | 45 MHz |
| Claro | 45 MHz |

Fuente: elaboración propia en base a antecedentes recopilados en la Investigación Rol 2731-23 FNE

152. Por su parte, la macro banda media baja conjuga cierto poder de cobertura con una mayor capacidad de transmisión de información, encontrándose a 2020 en uso las bandas de 1.900 MHz, 1.700/2.100 MHz y 2.600 MHz, que conjuntamente contabilizaban un ancho de 330 MHz, asignados en favor de los cinco siguientes operadores móviles de acuerdo con el siguiente detalle¹³²:

Tabla N° 7: Macro Banda Media Baja (2020)

| Operador | Asignación |
|-------------------------|------------|
| Entel | 100 MHz |
| Movistar ¹³³ | 70 MHz |
| Claro | 70 MHz |
| Wom | 60 MHz |
| VTR ¹³⁴ | 30 MHz |

Fuente: elaboración propia en base a antecedentes recopilados en la Investigación Rol 2731-23 FNE

153. En el caso de la macro banda media, la Excm. Corte Suprema determinó que esta se componía por la llamada Banda 3.5 GHz¹³⁵. Esta banda, denominada n78 por el 3GPPP¹³⁶ corresponde a las frecuencias del intervalo entre los 3.300 MHz a 3.800 MHz¹³⁷.

¹³¹ Si bien algunas concesiones son de carácter regional, todas las empresas en esta macro banda tienen mantienes concesiones por las mismas frecuencias en todas las regiones. Así, para efectos prácticos se puede considerar servicios de ámbito nacional. Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 1.

¹³² Sentencia Excm. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14°.

¹³³ Movistar tiene 12 MHz más en RM a través de una Concesión de Servicio Intermedio. Para más información ver, "Informe Resultado de los Concursos Públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz)" de la Subtel disponible en <https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁴ VTR: 36 MHz, servicio intermedio en La Serena y Coquimbo, 24 MHz en Osorno, Iquique, Pirque, Puente Alto, San Bernardo y Colina; Ciudades de Valdivia, P. Montt, Temuco y Santiago y 12 MHz en Valparaíso, V. Mar y Concepción. Para más información ver, "Informe Resultado de los Concursos Públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz)" de la Subtel disponible en <https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁵ Considerando 14 de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, en la causa Rol N° 181-2020, de 13 de julio de 2020.

¹³⁶ Disponible en <https://www.3gpp.org/technologies/adding-channel-bandwidth-to-existing-nr-bands> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁷ La banda n78, o comúnmente conocida como banda 5G de 3.5 GHz o banda C 5G, es la frecuencia 5G más comúnmente probada e implementada. La popularidad de la banda n78 se debe

Esta es una banda de especial interés, por su capacidad de cobertura y amplia aptitud de transmisión de información, se proyecta como indispensable para la implementación temprana de la tecnología 5G¹³⁸.

154. En Chile, el Plan de Uso original solo atribuyó al servicio móvil a las frecuencias entre los 3.300 MHz a 3.400 MHz y los 3.700 MHz a 3.800 MHz. La atribución para prestar el servicio móvil a las frecuencias entre 3.400 MHz a 3.700 MHz se hizo mediante Decreto N° 156 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, de fecha 4 de diciembre de 2009, que modificó el Plan de Uso¹³⁹. Así, a partir de 2009, los 500 MHz indicados por la Excm. Corte Suprema estaban atribuidos al servicio móvil¹⁴⁰.

155. De los 500 MHz atribuidos, tanto la Excm. Corte Suprema como el H. TDLC, reconocen que a esa fecha 200 MHz estaban asignados a servicios de telefonía fija a los mismos OMR¹⁴¹, 150 MHz estaban asignadas a otras formas de comunicación¹⁴² quedando disponibles 150 MHz para concursar.

a su disponibilidad relativamente común, con un menor espectro celular ya utilizado por las redes 3G y 4G. Los objetivos de rendimiento del estándar 5G requieren grandes bloques de espectro contiguo para poder operar con grandes anchos de canal. Como se indicó supra, la Banda de 3.5 GHz se ha utilizado históricamente en redes multipunto WiMAX y WTT. Para más detalles ver <https://halberdbastion.com/technology/cellular/5g-nr/5g-frequency-bands/n78-3500-mhz> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁸ La cobertura del n78 está naturalmente limitada por las características de propagación de las frecuencias más altas; sin embargo, el efecto se ha mitigado de alguna manera mediante técnicas de procesamiento avanzadas como MIMO masivo, formación de haces y seguimiento de haces. Se ha informado que la propagación observada es similar a la de las primeras redes 4G B3 (1.800 MHz). La longitud de onda más corta tiene la ventaja de hacer que las complejas tecnologías de antenas de 5G sean más compactas y, por tanto, más factibles de implementar. El ancho de canal más popular para redes n78 5G totalmente implementadas es el máximo de 100 MHz. Para más detalles ver <https://halberdbastion.com/technology/cellular/5g-nr/5g-frequency-bands/n78-3500-mhz> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹³⁹ Artículo único del Decreto N° 156 fecha 4 de diciembre de 2009, que modifica Decreto N° 127, de fecha 06 de marzo 2006, que aprueba Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico.

¹⁴⁰ Se debe considerar que el Plan de Uso puede atribuir a una frecuencia más de un servicio. Esto quiere decir que la atribución es una condición necesaria más no suficiente para poder prestar un servicio determinado. A modo de ejemplo, de acuerdo con el Plan de Uso los 500 MHz atribuidos a servicio móvil también estaban atribuidos al servicio fijo.

¹⁴¹ A ese tiempo, los 200 MHz se distribuían de la siguiente manera: 50 MHz se encontraban asignados a Claro en una concesión de carácter nacional, 100 MHz asignados a Entel en una concesión de carácter nacional, de los 50 MHz restantes estos estaban concesionados a distintas empresas en distintas regiones. Para más información ver, “Informe Resultado de los Concursos Públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz)” de la Subtel disponible en <https://www.subtel.gob.cl/concursosbanda3500/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹⁴² Respecto a estos 150 MHz, los primeros 50 MHz que corresponden a las frecuencias entre 3.650 MHz y 3.700 MHz, se encuentran adjudicados por norma técnica aprobada mediante Resolución Exenta Subtel N° 4596, de 25 de agosto de 2015 para la operación de equipos de transmisión de datos de servicio fijo, es una banda de uso compartido y tiene asignadas algunas empresas para su uso a nivel comunal o regional. En relación con los últimos 100 MHz que comprenden esta macro

Tabla N° 8: Macro Banda Media (2020)

| Operador | Asignación |
|----------------------------|------------|
| Entel | 100 MHz |
| Claro | 50 MHz |
| VTR y Otros ¹⁴³ | 50 MHz |

Fuente: elaboración propia en base a antecedentes recopilados Investigación Rol 2731-23 FNE

156. Respecto a la macro banda media alta, como se indicó *supra*, hasta la fecha no se cuenta con normas técnicas para adjudicar alguna banda de frecuencia atribuida en el Plan de Uso. Además, Subtel indicó que, si bien tiene contemplado realizar futuros concursos, más allá del actualmente en curso, no se cuenta con una programación al respecto¹⁴⁴. En consideración a estos antecedentes, este servicio no realizará un análisis sobre esta macro banda.

157. En relación con la macro banda alta, el Plan de Uso atribuyó como servicio primario a las telecomunicaciones móviles en la banda de frecuencias 25.250 MHz a 29.500 MHz, estableciendo un potencial de 4.250 MHz para adjudicar entre los OMR.

158. Posteriormente, mediante Resolución Exenta N° 836, de 20 de mayo de 2020, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en consideración a lo determinado en la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones del año 2019 (en adelante, “**CMR-19**”) que determinan las condiciones de operación en la banda 24.250 MHz – 27.500 MHz para las IMT, fijó la norma técnica para el uso de la banda de frecuencias de 25.900 MHz – 27.500 MHz para proveer los servicios públicos y los servicios intermedios de telecomunicaciones, adjudicando un total de 1.600 MHz a ser susceptibles de ser asignado a los distintos OMR mediante concursos públicos.

159. Entre agosto y noviembre 2020, Subtel llamó a cuatro concursos públicos para adjudicar 20 MHz en la macro banda baja, 30 MHz en la macro banda media baja, 150 MHz en la macro banda media y 1.600 MHz en la macro banda alta. En todos los concursos,

banda, 75MHz está adjudicada por norma técnica a los servicios satelitales y los últimos 25 MHz a servicios limitados de telecomunicaciones. Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 7.

¹⁴³ A esa fecha, VTR disponía de la concesión por estas frecuencias desde Arica y Parinacota a La Araucanía, Gtd Teleductos S.A en las regiones de Los Lagos y Los Ríos y Movistar en las regiones de Aysén y Magallanes. Para más información ver, Informe Resultado de los Concursos Públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz) de la Subtel disponible en <https://www.subtel.gob.cl/concursosbanda3500/> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹⁴⁴ Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 2.

estas bandas de frecuencias eran de alcance nacional, y adicionales a las bandas de frecuencias ya asignadas a los OMR.

160. El resultado del concurso fue la adjudicación de la totalidad de las bandas de frecuencias licitadas en las macro bandas baja, media baja y media, asignándose a Wom 20 MHz en macro banda baja, 30 MHz en la macro banda media baja y 50 MHz en la macro banda media. Además, en la banda media se asignaron 50 MHz a Entel y otros 50 MHz a Movistar.

161. Por otro lado, en el caso de la banda alta se concursaron 1.600 MHz en bloques de 400 MHz. Este concurso fue a nivel comunal, dadas las características propias de esta banda de frecuencias. En este caso, tres de los cuatro OMR se adjudicaron concesiones en distintas comunas, no coincidiendo siempre los mismos operadores en todas las comunas adjudicadas¹⁴⁵.

162. Para verificar el cumplimiento de los *caps*, según lo establecido en la Sentencia *Caps*, Subtel utilizó los siguientes parámetros:

Tabla N° 9: Caps vigentes durante los Concursos 5G de 2020

| Macro Banda (MHz) | | Cap | | Base de cálculo |
|-------------------|--------------------------|-----------|------------|-----------------|
| | | % | MHz | |
| Baja | < 1.000 MHz | 32 | 51 | 160 |
| Media Baja | 1.000 a 3.000 MHz | 30 | 108 | 360 |
| Media | 3.000 a 6.000 MHz | 30 | 105 | 350 |
| Alta | > 24.000 MHz | 25 | 400 | 1.600 |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de SUBTEL¹⁴⁶

163. Cabe destacar de la tabla anterior, a la luz de la segunda materia sometida a decisión del H. TDLC, que en la asignación de los Concursos 5G se utilizó una base de cálculo de los *caps* de 350 MHz en la macro banda media. Lo anterior, se debe a que se consideró dentro de esa base de cálculo los 200 MHz asignados a servicios de telefonía fija más los 150 MHz que fueron materia del concurso. En este caso, el entendimiento de la

¹⁴⁵ Para más información ver, informe resultado de los concursos públicos 5G, Disponible en https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹⁴⁶ Informe resultado de los concursos públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz), Título IX. Disponible en <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/02/Informe-con-resultados-concursos-5G.docx> [última visita, 20 de octubre de 2023].

Subtel fue que la base de cálculo incluía las bandas de frecuencias asignadas y concursadas dentro de la macro banda, sin distinguir si el servicio asignado era fijo o móvil.

164. De esta forma, el único operador que excedió el *cap* fue Entel al adjudicarse 50 MHz en la banda media cuando, según Subtel, ya estaba en posesión de 100 MHz en esta misma banda.

165. Adicionalmente, Entel había comprometido el desprendimiento de 30 MHz (10 MHz en la macro banda baja¹⁴⁷ y 20 MHz en esta macro banda), para dar cumplimiento a la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el caso Concurso 700 MHz. Así, a la fecha de obtención de las bandas de frecuencias asignadas en dicho concurso, Entel debía desprenderse de 45 MHz en la banda media. Dicha empresa cumplió su obligación dentro de plazo, transfiriendo 25 MHz a Claro y devolviendo 20 MHz al Estado¹⁴⁸.

166. Por su parte, Claro en cumplimiento de la misma sentencia devolvió 20 MHz en la macro banda media¹⁴⁹.

167. Finalmente, Movistar se desprendió de 10 MHz en la macro banda media baja y 50 MHz, de su concesión en las regiones de Aysén y Magallanes en la macro banda media¹⁵⁰.

168. Por otro lado, tal como se expone en la Consulta, en octubre de 2022 esta FNE aprobó el Joint Venture Claro/VTR, estableciéndose en ella como medida de mitigación la devolución de 10 MHz en la macro banda media baja y de 10 MHz en la macro banda media.

169. En función de todos estos ajustes, a octubre de 2023, la asignación a las empresas concesionarias para la prestación de servicios fijos y móviles, quedó de la siguiente manera¹⁵¹:

¹⁴⁷ El desprendimiento se materializó mediante Decreto Exento N° 385 de 19 de agosto de 2020. Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 10.

¹⁴⁸ Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 10.

¹⁴⁹ Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 11.

¹⁵⁰ Respuesta de Subtel a Oficio Ord. 1532 FNE, p. 11-12.

¹⁵¹ Para este cómputo se tomó en consideración el total de espectro asignado a cada OMR en los servicios de telefonía fija y móvil. Se excluyen en el cómputo las bandas compartidas, enlaces punto a punto, servicios satelitales y de televisión.

Tabla N° 10: Asignación de espectro radioeléctrico (octubre 2023)

| Macro Banda (MHz) | | Ancho de banda asignada (MHz) | | | | | |
|-------------------|-----------------|-------------------------------|----------|---|----------------------------------|-----|--|
| | | Entel | Movistar | Claro-VTR | GTD | Wom | No asignadas ¹⁵² |
| Baja | < 1000 MHz | 40 | 45 | 45 | 0 | 20 | 10 |
| Media Baja | 1000 a 3000 MHz | 100 | 60 | 100 | 0 | 90 | 10 |
| Media | 3000 a 6000 MHz | 100 ¹⁵³ | 50 | 50 (nacional) + 50 (12 regiones) ¹⁵⁴ | 50 (dos regiones) ¹⁵⁵ | 50 | 50 (nacional) + 50 (dos regiones) ¹⁵⁶ |
| Alta | > 24000 MHz | 400 | 0 | 400 | 0 | 400 | 400-1.600 ¹⁵⁷ |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública por SUBTEL¹⁵⁸

170. De la anterior tabla se desprende que:

- a. La mayor parte de espectro atribuido por el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico y adjudicado por norma técnica a los servicios de telecomunicaciones móviles, ya se encuentra asignado¹⁵⁹.
- b. Se logró el ingreso exitoso de un cuarto operador (Wom) aumentando la presión competitiva entre los OMR.
- c. De los desprendimientos, Subtel dispone de 50 MHz en la banda media, 10 MHz en la banda media baja y 10 MHz en la banda baja, a nivel nacional,

¹⁵² No asignadas respecto a la base consignada en la Tabla N° 9.

¹⁵³ Entel tienen 50 MHz asignados a telefonía móvil como parte del concurso 5G y 50 MHz asignado a telefonía fija.

¹⁵⁴ La totalidad de este espectro está asignado a servicios fijos. De estos 100 MHz, 50 MHz son de carácter nacional y los otros 50 MHz solo pueden ser explotados entre las regiones de Arica y Parinacota y La Araucanía.

¹⁵⁵ En las regiones de Los Lagos y Los Ríos, el concesionario de los 50 MHz asignados a Claro-VTR entre las regiones de Arica y Parinacota y La Araucanía es GTD Teleductos S.A. Se hace presente que estos 50 MHz no se agregan como nuevo ancho de banda a la base de cálculo en razón a que es el mismo espectro asignado a Claro-VTR en las otras regiones.

¹⁵⁶ El espectro disponible a nivel nacional corresponde a 50 MHz. En las regiones de Aysén y Magallanes la disponibilidad es de 100 MHz, en razón al desprendimiento realizado por Movistar y analizado *supra*.

¹⁵⁷ La disponibilidad de espectro en esta macro banda depende de cada comuna, de esta forma existen comunas donde ningún OMR concursó por frecuencias dejando el total disponible. El detalle de las comunas y OMR asignados se encuentra en el "Informe resultado de los concursos públicos 5G (700 MHz – AWS – 3.5 GHz – 26 GHz)", Título I Punto 4. Disponible en <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/02/Informe-con-resultados-concursos-5G.docx> [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹⁵⁸ Resolución Exenta Subtel N° 2173, de 12 de octubre de 2023, que aprueba informe relativo a la medida complementaria e) de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, recaído en la causa Rol N° 181-2020, de 13 de julio de 2020. Disponible en https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 20 de octubre de 2023].

¹⁵⁹ Para más información ver, informe resultado de los concursos públicos 5G, Disponible en https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 20 de octubre de 2023].

susceptibles de ser concursados, aunque, en el caso de la banda media, no en bloques contiguos. Adicionalmente, tiene 50 MHz en la banda media para las regiones de Aysén y Magallanes.

- d. Asimismo, la Subtel asumió que, en la banda media, la base de cálculo alcanzaba los 350 MHz.

B.3. Aspectos regionales de la asignación de espectro radioeléctrico

171. Un aspecto adicional en el análisis se relaciona con la indicación expresa de las Sentencias *Caps*, donde se establece que los límites máximos de espectro se deben imponer sobre cada unidad territorial o zona¹⁶⁰. En el criterio de Movistar, existe la necesidad de evaluar la posibilidad de establecer un *cap* regional¹⁶¹, en razón a que podría existir mayor o menor disponibilidad de espectro radioeléctrico en función de que unidad territorial se analice.

172. A modo de ejemplo, Movistar ha indicado que, en 2019, en el marco del cumplimiento incidental de la causa Rol C 275-2014, devolvió 50 MHz en la Banda 3.5 GHz en las regiones de Aysén y de Magallanes y Antártica Chilena¹⁶². A la fecha, dicha porción de espectro se encuentra en poder de Subtel sin que haya un concurso para asignarlo.

173. Del análisis efectuado por esta FNE, se puede observar que las asignaciones a los OMR entre las distintas macro bandas difieren en su dimensión geográfica. En este sentido, las macro bandas baja¹⁶³, media baja y media operan casi en su totalidad con concesiones nacionales. La única excepción relevante es el ejemplo indicado por Movistar, donde 50 MHz en la banda media están asignados para prestar servicios fijos a VTR entre las regiones de Arica y Parinacota y La Araucanía, a GTD Teleductos S.A. en las regiones de Los Lagos y Los Ríos y estaría disponible en las regiones de Aysén y Magallanes.

174. En el otro extremo, las concesiones en la macro banda alta tuvieron un carácter comunal.

¹⁶⁰ Resolución 59/2019 TDLC, resuelvo 170.

¹⁶¹ Consulta, p. 14-15.

¹⁶² Toma de declaración Telefónica, de fecha 25 de septiembre de 2023, minutos 1:10:00 y siguientes: “MOVISTAR: Necesitamos saber cuál es el *cap*, porque no sabemos si el *cap* en las regiones 11 y 12 es 100 MHz o 93 MHz”.

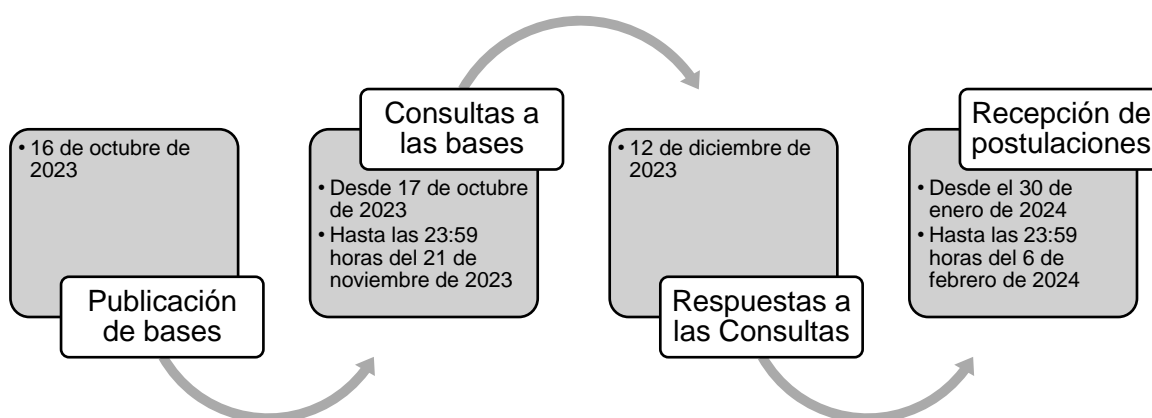
¹⁶³ La macro banda baja tiene asignadas concesiones regionales, pero que fueron otorgadas en su totalidad a una sola empresa frecuencia, de esta forma su tratamiento, a esta época, se asemeja al de una concesión nacional.

175. En cualquier caso, es posible señalar que el espectro radioeléctrico que se disponibiliza, atribuido y adjudicado a los servicios móviles, tiene un ámbito nacional, no observándose que las normas técnicas revisadas atribuyan y adjudiquen el mismo espectro a otro servicio -por ejemplo, servicios de satélites- en alguna región o comuna específica.

C. Concurso de 5 bloques de 10MHz en la banda de 3.5 GHz

176. Subtel, con fecha 2 de octubre de 2023, publicó en el Diario Oficial¹⁶⁴, el anuncio de llamado a concurso público para otorgar concesiones de servicios de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (en adelante, “**Concurso 5G-2023**”). Al respecto, el cronograma general del proceso que corresponde al siguiente:

Figura N° 1: Cronograma Concurso 5G -2023



Fuente: Subtel: https://www.subtel.gob.cl/concursosobanda3500_2023/ [última visita, 13 de noviembre de 2023]

177. Con fecha 16 de octubre de 2023, se publicaron las bases del concurso, contenidas en la Resolución N° 2175, de 13 de octubre de 2023 de Subtel, que “*Aprueba Bases del Concurso Público para otorgar concesiones de servicio público de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en 50 HMz dentro de la banda de frecuencias de 3,40 – 3,60 GHz*”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Véase:

https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2023/10/Primer_Llamado_a_Concurso_5G_2023_021023.pdf [última visita, 22 de octubre de 2023]

¹⁶⁵ Véase:

https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2023/10/Resolucion_2175_de_2023_Bases_concurso_publico_35_GHz_firmada.pdf [última visita, 22 de octubre de 2023]

178. De conformidad con el artículo 1° de las bases, el concurso tiene por finalidad otorgar entre 1 y 5 concesiones de servicio público de telecomunicaciones, de no menos de 10 MHz cada una, que se instalen, operen y exploten sobre una red inalámbrica de alta velocidad (exclusividad 5G o superior), disponibilizando una porción de espectro radioeléctrico de 50 MHz, que se ubica en la banda de frecuencia de 3.400 – 3.600 MHz.

179. El artículo 2°, en tanto, señala que el ancho de banda disponible de 50 MHz no se ubica en un bloque continuo, sino que se encuentra dividido en diversos segmentos de 5, 10 y 15 MHz del bloque ya referido. Por tanto, dependiendo de los resultados del concurso, se llevará a cabo un reordenamiento de oficio de esa banda de frecuencia, adjudicando bloques continuos y que el resto de los bloques concesionados queden con la menor dispersión y la mayor continuidad posible. Asimismo, agrega que las concesiones que se otorguen corresponderán a un servicio público de telecomunicaciones y tendrán una duración de 30 años.

180. Sobre las materias de la Consulta, el Concurso 5G-2023 contempla explícitamente una regulación de ajuste posterior a los *caps*, en caso de que el concesionario adjudicado exceda el límite que corresponda¹⁶⁶.

181. En cambio, en relación con la base de cálculo de los *caps*, las bases no se pronuncian. Al respecto resulta necesario indicar que, las bases del Concurso 5G-2023 incluyó un documento titulado *“Informe Relativo a la Medida Complementaria E) de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, recaído en la causa Rol N° 181-2020, de 13 de julio de 2020”*¹⁶⁷, donde expresamente se señala que el análisis de pertinencia se realiza en base a *“(…) los antecedentes técnicos que se desarrollan del mismo excluyendo de su*

¹⁶⁶ Así, lo señalan los párrafos tercero y cuarto del artículo 30° del Concurso 5G-2023: “La resolución de asignación de la concesión indicará la obligación, cuando proceda, del adjudicatario de ingresar a SUBTEL, dentro del quinto día hábil contado desde su notificación, una solicitud de modificación de concesión con el objeto de ajustarse al *cap* vigente para la macro banda asociada al presente Concurso, la que deberá estar completamente tramitada previo a la dictación del decreto que otorga la concesión a que se refiere el presente Concurso. Este ajuste deberá materializarse a más tardar dentro de los 6 meses siguientes, contados desde la notificación de la resolución que asigna la concesión, bajo el apercibimiento de proceder al cobro de la boleta de garantía de seriedad de la solicitud y/o de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento, según corresponda, y dejar sin efecto la resolución de adjudicación, la de asignación y el decreto de otorgamiento, en el caso del no cumplimiento del plazo anteriormente indicado”.

¹⁶⁷ Informe aprobado por la Resolución Exenta N° 2173, de 12 de octubre de 2023, de la Subtel, disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2023/10/Resolucion_2173_de_2023_Analisis_de_Pertinencia_Participacion_Actuales_Incumbentes_Concurso_5G_2023_VF_131023.pdf [última visita, 22 de octubre de 2023]

objeto el análisis de los nuevos límites de espectro (*caps*) fijados en el referido fallo de la Excelentísima Corte Suprema (autos Rol N° 181-2020)¹⁶⁸.

182. Este concurso se encuentra en curso, sin que a la fecha de presentación de este documento se haya entregado respuesta a las consultas que se han formulado sobre el contenido de las bases.

V MERCADOS RELACIONADOS CON LAS MATERIA SOMETIDA A CONSULTA

183. Como se ha indicado en esta presentación¹⁶⁹, las materias sometidas a consulta están relacionadas con los concursos efectuados por Subtel, en cumplimiento de la normativa vigente, para asignar bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico asociadas a la prestación de los servicios de telecomunicaciones móviles.

184. En este marco, para evaluar desde un punto de vista de libre competencia de las materias consultadas es necesario determinar el o los mercados en que incide dicha licitación¹⁷⁰.

185. Conforme con la jurisprudencia del H. Tribunal, en un concurso público en el que se asigna parte del espectro radioeléctrico, la Subtel en su calidad de organismo de la Administración del Estado, actúa como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, para que el adjudicatario utilice el espectro asignado de forma exclusiva por un período de tiempo¹⁷¹.

186. Así, en el caso de autos, esta FNE considera que, en atención a que las definiciones en relación con las medidas de las Sentencias *Caps*, que tienen un efecto permanente en las respectivas licitaciones, existirán distintos mercados relevantes potencialmente afectados, los que estarán determinados por cada concurso iniciado por la Subtel con el

¹⁶⁸ Informe Relativo a la Medida Complementaria E) de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, recaído en la causa Rol N° 181-2020, de 13 de julio de 2020, p. 7.

¹⁶⁹ De manera extraordinaria es posible efectuar un análisis de cumplimiento de *caps* con ocasión de una reducción de las frecuencias adjudicadas a estos servicios en razón a un cambio en la norma técnica correspondiente o un cambio en las frecuencias atribuidas en el Plan Nacional de Uso de Espectro. Esto sucedió, por ejemplo, en la reducción de frecuencias efectuada por Subtel el año 2023 en la banda 3.5 GHz. En este caso, mediante Resolución Exenta N° 901 de fecha 11 de agosto de 2023, la Subtel modificó la Resolución Exenta N° 1498 de fecha 22 de octubre de 1999, reduciendo en 100 MHz el espectro atribuido al servicio público telefónico local.

¹⁷⁰ Sin perjuicio de que en algunos casos el H. TDLC ha señalado que no se requiere definir de manera precisa y concreta el mercado relevante. Al respecto, véase la Sentencia 138/2014 TDLC, considerando 10°, y Sentencia 177/2021 TDLC, considerando 30°.

¹⁷¹ Sentencia 169/2019 TDLC, considerando 3°.

objeto de adjudicar bloques del espectro radioeléctrico en las distintas bandas para prestar servicios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, resulta de especial interés en este momento el Concurso 5G-2023 convocado por Subtel para asignar 50 MHz en la macro banda media con el objeto del desarrollo de la tecnología 5G.

187. De esta forma, en una primera aproximación, resulta necesario evaluar el impacto que tienen las materias sometidas a consulta sobre el proceso competitivo dentro de cada concurso. En particular, respecto al primer punto de la consulta que está relacionado con la forma y oportunidad en que deben ser aplicados los *caps*, ese momento corresponde precisamente a un concurso público. Además, respecto de la segunda materia a ser decidida en este procedimiento, la existencia de un concurso público de asignación de espectro marca un hito para efectuar un nuevo cómputo de la base de cálculo sobre la cual se aplicarían los *caps*.

188. Asimismo, el resultado de las licitaciones tiene un impacto significativo en la provisión de los servicios de telecomunicaciones móviles, en cuyo contexto tanto la FNE como este H. TDLC distinguen un mercado mayorista (aguas arriba) y uno minorista (aguas abajo) diferenciados principalmente por los tipos de clientes que cada mercado sirve¹⁷².

189. En cuanto al ámbito geográfico de estos mercados, tal como lo indican distintos pronunciamientos de este H. Tribunal¹⁷³, éste corresponde a todo el territorio nacional, en virtud de que, como lo mostraremos más adelante, prácticamente todos los prestadores de estos servicios están en posesión de concesiones de servicios móviles de cobertura nacional¹⁷⁴. Sin perjuicio que el cumplimiento de los *caps* deberá evaluarse para cada la zona o área de cobertura concesionada.

190. En las secciones siguientes se describirán, en más detalle, los mercados mayoristas y minoristas de servicios de telecomunicaciones móviles.

A. Mercado mayorista de servicios de telecomunicaciones móviles

¹⁷² Resolución 59/2009 TDLC, considerando 101°.

¹⁷³ Resolución 59/2009 TDLC, considerando 105°.

¹⁷⁴ Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, párrafo 46.

191. El mercado mayorista está compuesto por los OMR, los cuales prestan servicios a usuarios finales y transan servicios al por mayor y capacidades de transmisión a OMV¹⁷⁵ u otros operadores a través de servicios de *roaming*¹⁷⁶.

192. Dado que los OMR requieren para prestar sus servicios de la tenencia de espectro y despliegue de infraestructura en el área de servicio correspondiente, el cómputo de participaciones de mercado se puede realizar en función a la tenencia de espectro que posee cada operador, o según la cantidad de antenas desplegadas. Al respecto, tanto esta Fiscalía¹⁷⁷ como este H. TDLC¹⁷⁸ han señalado que la habilidad para prestar el servicio no solo depende de la tenencia del espectro sino de la capacidad operativa para su uso, misma que es medida por la cantidad de estaciones base o antenas que cada operador tiene desplegadas¹⁷⁹.

193. De esta forma, las participaciones de mercado de conformidad al número de antenas con que cuenta cada compañía a noviembre de 2021 se detallan en la tabla que se presenta a continuación:

¹⁷⁵ Se pueden definir a los OMV como las empresas concesionarias del Servicio Público Telefónico Móvil y las concesionarias del Servicio Público de Transmisión de Datos, que utilizan en su operación y explotación, infraestructura de red propia y/o de terceros debidamente autorizados, pero carecen de asignación de espectro radioeléctrico. Asimismo, estos pueden ser de dos tipos: (i) OMV Prestador de Servicios, que no dispone ni opera medios de conmutación ni transmisión; y (ii) OMC completo, aquel que dispone y opera medios de conmutación y transmisión. Aporte de antecedentes de la FNE en "Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico", Rol NC N° 448-18 Párrafo 51.

¹⁷⁶ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 102° y Aporte de Antecedentes FNE, Rol NC-448-2018 TDLC, párrafos 41° y 42°.

¹⁷⁷ Aporte de antecedentes FNE, en autos caratulados "Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico", Rol NC N° 448-18, páginas 25-27

¹⁷⁸ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 102°.

¹⁷⁹ Al respecto, este H. TDLC en su considerando 106° de la Resolución 59/2019 indicó: "En cuanto a las participaciones de cada OMR en el mercado mayorista de telecomunicaciones, se pueden determinar a partir de lo expuesto por la FNE a fojas 1413, esto es, a partir del número de antenas con que cuenta cada operador, o bien, mediante la tenencia de espectro, tal como lo hace la Subtel a fojas 235. En opinión de este Tribunal, es preferible seguir el criterio de la FNE, dado que para ser oferente en el mercado mayorista no sólo se requiere tener espectro, sino que, además, es necesario tener capacidad operativa por medio de la instalación de antenas". Este punto fue ratificado en la Resolución 62/2020 TDLC, considerando 128°

Tabla N°11: Participaciones de mercado
Oferta mayorista de Servicios Móviles (noviembre 2021)

| Región | Operadores | | | | Número de radio bases |
|---|------------|------------|------------|------------|-----------------------|
| | Entel | Movistar | Claro-VTR | Wom | |
| Metropolitana de Santiago | 38% | 24% | 23% | 15% | 12.948 |
| Valparaíso | 35% | 28% | 22% | 15% | 3.603 |
| Biobío | 36% | 26% | 22% | 16% | 2.412 |
| Los Lagos | 28% | 31% | 22% | 20% | 1.803 |
| Maule | 39% | 27% | 22% | 13% | 1.692 |
| Araucanía | 26% | 31% | 25% | 17% | 1.620 |
| Coquimbo | 33% | 35% | 20% | 13% | 1.468 |
| Libertador General Bernardo O'Higgins | 37% | 32% | 18% | 13% | 1.435 |
| Antofagasta | 40% | 31% | 16% | 12% | 1.062 |
| Ñuble | 37% | 28% | 21% | 13% | 874 |
| Los Ríos | 38% | 27% | 18% | 17% | 804 |
| Tarapacá | 35% | 34% | 21% | 10% | 505 |
| Atacama | 29% | 37% | 23% | 11% | 500 |
| Magallanes y la Antártica Chilena | 37% | 35% | 18% | 10% | 347 |
| Arica y Parinacota | 34% | 36% | 20% | 10% | 288 |
| Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo | 30% | 36% | 23% | 12% | 244 |
| Participación Nacional | 36% | 27% | 22% | 15% | 31.605 |

Fuente: Elaboración propia en base a información publicada por Subtel¹⁸⁰

194. Se desprende de la tabla anterior la presencia de los cuatro operadores en todo el territorio nacional, con participaciones relativamente estables en cada región, siendo Entel la compañía con mayor número de antenas.

195. Otro aspecto para tomar en cuenta tiene relación con el despliegue de radio bases del Joint Venture Claro-VTR en razón a que, como se indicó en el capítulo IV, esta compañía a la fecha no tiene asignado espectro en la macro banda media para prestar servicios móviles, limitando su capacidad de prestar servicios 5G.

¹⁸⁰ Para más detalles ver <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/12/autorizaciones-estaciones-base-nivel-nacional-Noviembre2021.xls> [última visita, 20 de octubre de 2023].

B. Mercado minorista de servicios de telecomunicaciones móviles

196. En relación con el mercado minorista, este estaría compuesto por OMR y OMV que prestan servicios móviles de telecomunicaciones en general, es decir, servicios públicos de telefonía móvil y transmisión de datos móvil, incluyendo los servicios de internet de las cosas¹⁸¹⁻¹⁸².

197. De esta forma, las participaciones de mercado se pueden construir en base a distintas formas de medición -cantidad de abonados, tráfico y conexiones móviles- según se detalla a continuación.

198. Según número de abonados por empresa, como se puede apreciar de la siguiente tabla, el ingreso de Wom redujo la concentración del mercado medida con el HHI. Respecto a la participación de los OMV, siguen presentando una participación marginal que fluctuó entre un 1,5% y un 2% entre 2014 y 2023.

Tabla N° 12: Participaciones de mercado – Número de abonados a junio de cada año (2010-2023)¹⁸³

| Operador | 2010 | 2014 | 2018 | 2022 | 2023 |
|--------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Entel | 36,86% | 36,64% | 32,28% | 32,12% | 32,75% |
| Movistar | 41,70% | 38,31% | 28,80% | 24,92% | 25,65% |
| Wom | 0,10% | 1,38% | 12,72% | 20,75% | 21,51% |
| Claro | 21,34% | 22,09% | 24,17% | 20,65% | 18,31% |
| VTR ¹⁸⁴ | 0 | 0,35% | 0,99% | 0,95% | 1,08% |
| Mundo Pacífico | 0 | 0 | 0 | 0,22% | 0,42% |
| Virgin | 0 | 0,80% | 0,86% | 0,37% | 0,22% |
| Suma Móvil | 0 | 0 | 0 | 0 | 0,04% |
| Chile | 0 | 0 | 0 | 0 | 0,04% |
| Telsur | 0 | 0,03% | 0,04% | 0,01% | 0,01% |
| Otros | 0 | 0,40% | 0,15% | 0 | 0 |
| HHI | 3.553 | 3.301 | 2.619 | 2.510 | 2.530 |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública por SUBTEL¹⁸⁵.

¹⁸¹ Resolución 59/2019 TDLC, considerando 104° y Resolución 62/2020 TDLC, considerandos 157° a 165°.

¹⁸² Se descarta que formen parte de este mercado los servicios de telefonía fija o fija inalámbrica ni los servicios de internet prestado por redes fijas. Para más detalles ver Informe Claro/VTR, Anexo 3 párrafos 36 a 38.

¹⁸³ Para poder hacer las variables comparables entre sí, se calcula el HHI con la información disponible a junio de cada año.

¹⁸⁴ A partir de 2022 esta empresa mantiene un Joint Venture con Claro.

¹⁸⁵ Información disponible en el sitio web de Subtel en la dirección: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonía/> [última visita, 20 de octubre de 2023]

199. Si analizamos el mercado usando como variable al tráfico de datos, la siguiente tabla muestra la misma tendencia observada en el caso del número de abonados en relación con la dominancia de los OMR por sobre los OMV, aunque en este caso Wom parece desplazar a Movistar como el segundo operador más relevante. Bajo este criterio de medición, los índices de concentración HHI son mayores a 2500, cifra considerada por esta Fiscalía y por las Sentencias *Caps*, como indicativa de un mercado altamente concentrado¹⁸⁶.

Tabla N° 13: Tráfico en Tera Bytes (TB) por empresa (2017-2023)¹⁸⁷

| Operador | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|--------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Entel | 112.258 | 351.297 | 699.371 | 1.020.114 | 1.234.025 | 1.814.631 | 1.080.904 |
| Wom | 120.376 | 373.071 | 586.441 | 866.473 | 1.060.355 | 1.529.886 | 865.877 |
| Movistar | 135.711 | 374.981 | 512.711 | 651.647 | 711.444 | 916.672 | 528.206 |
| Claro | 87.553 | 237.843 | 317.716 | 362.663 | 448.675 | 650.682 | 411.822 |
| VTR ¹⁸⁸ | 3.392 | 9.316 | 11.238 | 26.772 | 24.404 | 34.246 | 22.674 |
| Mundo Pacífico | 0 | 0 | 0 | 37 | 1.111 | 5.467 | 4.683 |
| Netline | 10 | 12 | 7 | 4 | 1 | 0 | 0 |
| HHI | 2.521 | 2.536 | 2.645 | 2.740 | 2.771 | 2.814 | 2.846 |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública por SUBTEL¹⁸⁹.

200. Finalmente, si analizamos este mercado en base al número de conexiones representado en la siguiente tabla, se ratifica la relevancia de los operadores OMR respecto a los OMV.

¹⁸⁶ FNE, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, p. 13. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

¹⁸⁷ Para 2017 el cómputo es desde junio a diciembre, para 2023 se contabiliza el tráfico hasta junio.

¹⁸⁸ A partir de 2022 esta empresa mantiene un Joint Venture con Claro.

¹⁸⁹ Información disponible en el sitio web de Subtel en la dirección: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/internet/> [última visita, 20 de octubre de 2023]

Tabla N° 14: Evolución de conexiones móviles por empresa a junio de cada año (2017-2023)

| Operador | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|--------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| Entel | 4.582.427 | 5.901.791 | 6.156.223 | 6.534.439 | 7.623.745 | 7.922.546 | 7.747.463 |
| Wom | 1.906.912 | 2.885.845 | 3.886.657 | 4.641.803 | 5.118.890 | 5.592.599 | 5.690.801 |
| Movistar | 4.487.481 | 4.872.136 | 4.323.603 | 4.146.426 | 4.698.387 | 4.729.523 | 4.688.935 |
| Claro | 3.136.900 | 3.679.456 | 4.098.230 | 3.584.603 | 4.009.708 | 3.990.318 | 3.875.020 |
| VTR ¹⁹⁰ | 179.357 | 222.948 | 263.298 | 287.602 | 258.706 | 251.476 | 290.841 |
| Mundo Pacífico | 0 | 0 | 0 | 0 | 17.062 | 52.280 | 106.471 |
| Virgin | 156.853 | 155.619 | 187.030 | 152.947 | 125.103 | 87.359 | 58.095 |
| GTD | 8.579 | 9.292 | 9.541 | 8.584 | 7.584 | 5.947 | 4.945 |
| Otros | 137.055 | 86.027 | 16.327 | 15.277 | 22.174 | 0 | 0 |
| Total | 14.595.564 | 17.813.114 | 18.940.909 | 19.371.681 | 21.881.359 | 22.632.048 | 22.462.571 |
| HHI | 2.567 | 2.538 | 2.470 | 2.515 | 2.560 | 2.585 | 2.567 |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública por SUBTEL¹⁹¹.

201. En base a esta información, es posible indicar que en este mercado compiten cuatro OMR con una participación de mercado conjunta en torno al 98% y, por otra parte, un conjunto de OMV (VTR, Virgin, Mundo Pacífico, GTD y otros) con cerca de un 2%.

202. La baja penetración de las OMV en el mercado chileno es un aspecto resaltado por el H. TDLC¹⁹² y es una realidad que no ha cambiado en los últimos años¹⁹³. Lo mismo sucede con la concentración y las participaciones en este segmento de mercado¹⁹⁴.

¹⁹⁰ A partir de 2022 esta empresa mantiene un Joint Venture con Claro.

¹⁹¹ Información disponible en el sitio web de Subtel en la dirección: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/internet/> [última visita, 20 de octubre de 2023]

¹⁹² Resolución 59/2019 TDLC, considerando 107°.

¹⁹³ Según hemos indicado la sentencia de Excm. Corte Suprema, de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerandos 29° a 34°, dispuso la obligación de los concesionarios de espectro que poseen una red de cobertura nacional de mantener de manera permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV. En esa línea, han existido cambios normativos y reglamentarios. Como cambios normativos cabe mencionar la dictación de la Ley 21.245, publicada el 15 de julio de 2020, que estableció el Roaming Automático Nacional, que supuso incluir en la LGT un artículo 26 bis. Esa ley posteriormente trajo consigo la aprobación del "Reglamento sobre Roaming Automático y Operación Móvil Virtual", de fecha 13 de octubre de 2020, que luego de su entrada en vigencia se encuentra en estado de implementación por parte de la Subtel.

¹⁹⁴ En la tabla N° 10 de la Resolución 59/2009 TDLC, se muestra un HHI de 2519 puntos para el respecto al número de abonados. El único aspecto relevante en la evolución de este mercado es el incremento de participación de Wom de un 16,41% en 2019 a un 20,6% y la caída de Claro de un 23,4% a un 21,0%.

VI CONCEPTO DE NUEVOS ANTECEDENTES A LA LUZ DEL ARTÍCULO 32 DEL DL 211

203. De conformidad con lo examinado en el capítulo I), la resolución que declaró admisible la Consulta refirió que ella se iniciaba *“solo en cuanto se da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), con el objeto de determinar si es necesario precisar o modificar la medida establecida en esta sede, en los autos substanciados ante este Tribunal bajo el Rol NC 448-2018 y ante la Excma. Corte Suprema bajo el Rol 181-2020, conforme a los nuevos antecedentes invocados”* (énfasis agregado).

204. Esa referencia a los nuevos antecedentes invocados se justifica porque Movistar en el otrosí del escrito de folio 26, donde cumplió lo ordenado por el H. TDLC a folio 25, mencionó que, a la luz del artículo 32 del DL 211, existían nuevos antecedentes que hacían necesario precisar o modificar las medidas que se establecieron en las Sentencias caps.

205. De esta forma, el presente procedimiento no contencioso tiene como propósito evaluar la existencia de esos nuevos antecedentes en el marco de análisis que al respecto consagra el artículo 32 del DL 211, que dispone:

*“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 tuvieron lugar” (énfasis agregado).

206. Lo anterior fue reafirmado por Movistar en la Investigación, en cuyo marco declaró que la discusión jurídica y económica en este caso se enmarca en la norma recién transcrita¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Toma de declaración Telefónica, de fecha 25 de septiembre de 2023, minuto 37:18 y siguiente: “FNE: Se invocan nuevos antecedentes en el otrosí y nosotros la única referencia que tenemos y que también determina un marco de análisis que puede ser diferenciado en una perspectiva del no contencioso es el artículo 32 que es la única norma que refiere nuevos antecedentes. Queremos

207. Sobre esta materia, la jurisprudencia del H. TDLC en asuntos contenciosos y no contenciosos ha ido delimitando los requisitos que permiten que una decisión de libre competencia pueda ser modificada en aquellos casos en que, con posterioridad a su dictación, aparezcan nuevos antecedentes. En ese evento, la FNE o el agente económico que estime necesaria la modificación de la decisión puede iniciar un procedimiento ante el H. TDLC con miras a obtener un nuevo pronunciamiento. En caso de que se acoja la solicitud de modificación, la misma únicamente producirá sus efectos una vez que se notifique o publique la nueva decisión.

208. De la descripción anterior aparece que, a la luz del artículo 32 del DL 211, deben concurrir dos decisiones. La primera es aquella que se pronuncia sobre actos o contratos en base a ciertas consideraciones pasadas o existentes a la fecha en que esa decisión se adoptó. La segunda se dicta luego de concluido un procedimiento donde se hicieron valer antecedentes posteriores a la primera decisión que modifican las consideraciones en que ésta se basó.

209. Para comprender el sentido y alcance de esta norma es necesario hacer algunas precisiones.

210. En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del H. TDLC, no existe ninguna limitación respecto procedimiento en que se adoptó la primera y la segunda decisión. Por tanto, el procedimiento que permite arribar a cualquiera de esas decisiones puede ser el procedimiento contencioso o el procedimiento no contencioso¹⁹⁶.

211. En base a esta primera consideración podemos concluir, entonces, que la Consulta de Movistar satisface esta exigencia porque las Sentencias *Caps* fueron pronunciadas en un procedimiento no contencioso y la Consulta se ha iniciado en esa misma clase de juicio.

saber un poco si las referencias que ustedes realizan a la existencia de nuevos antecedentes, los están enmarcando en el entendido que hubo una decisión, surgieron nuevos antecedentes y, en base a esos nuevos antecedentes, hay que modificar la decisión anterior; MOVISTAR: Si Nicolás, sí, pero adicionalmente producto de esos nuevos antecedentes nos damos cuenta que hay mucha ambigüedad y distintas interpretaciones por eso nos parece importante que se aclare los tema de esta consulta (...).

¹⁹⁶ “En consecuencia, este Tribunal siempre puede alterar las medidas impuestas con prescindencia del procedimiento en que hayan sido fijadas. La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio” Resolución 53/2018 TDLC, considerando 123°.

212. En segundo lugar, el procedimiento donde se evalúa si los nuevos antecedentes que se invocan hacen variar la primera decisión, persigue un fin declarativo asociado a determinar si corresponde o no alterar la decisión primogénita. Eventualmente, si se resuelve disponer esa modificación y alterar las medidas existentes, la decisión puede también adquirir una naturaleza constitutiva. Sin embargo, en ningún caso este procedimiento tendrá un fin sancionatorio.

213. Por tanto, si el procedimiento que condujo a la primera decisión es de tipo sancionatorio y se modifica la decisión allí adoptada por un procedimiento no contencioso posterior, entonces, la decisión de este segundo procedimiento no se contamina de la naturaleza infraccional del primero, porque solamente busca declarar si existen o no nuevos antecedentes que justifiquen hacer variar la primera decisión¹⁹⁷. Este ámbito de competencia específica del H. TDLC para conocer de esta clase de procedimientos ha sido resaltada por la jurisprudencia en esta sede¹⁹⁸.

214. La tercera precisión que se considera indispensable realizar es que la decisión que se adopta en el segundo procedimiento no vulnera la cosa juzgada que pudiera emanar de la primera decisión. La razón se encuentra en que la segunda decisión se pronuncia respecto de antecedentes que no existían a la fecha en que fue dictada la primera. De esta forma, no concurren ninguna de las identidades que configuran la cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento.

¹⁹⁷ Esto último fue lo que sucedió en el procedimiento no contencioso iniciado por la Consulta de Cruz Verde respecto de los *merchant discount* cobrados por Transbank, procedimiento que condujo a una modificación del plan de autorregulación de Transbank que fue adoptado en el marco de un procedimiento contencioso.

¹⁹⁸ “119. Por lo anterior, incluso en el evento de que el PAR haya sido impuesto en virtud de un acto jurisdiccional que produzca cosa juzgada, no existen impedimentos jurídicos para que pueda ser modificado a través del ejercicio de la potestad consultiva del Tribunal. Ello se sostiene al menos en dos razones. 120. Primero, porque la naturaleza contenciosa o no contenciosa del procedimiento de modificación de medidas impuestas por el Tribunal no depende de la existencia de una controversia o de la persecución de la responsabilidad de un agente económico en el procedimiento anterior, sino en el actual. La falta de pretensiones contradictorias que impliquen dicha búsqueda en el segundo procedimiento exige necesariamente una tramitación no contenciosa. En sentido inverso y siguiendo la misma lógica, no existirían impedimentos jurídicos para tramitar de modo contencioso la modificación de una medida que fue impuesta en virtud de un procedimiento consultivo, en el evento que se busque la responsabilidad de un agente económico y surja la necesidad de revisar o modificar dicha medida. 121. Segundo, porque lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos. Por tanto, la cosa juzgada no se vería afectada ante la revisión contenciosa o no contenciosa de nuevos hechos que involucren a las mismas partes, y la exigencia de que estas gocen de las garantías del debido proceso en el nuevo procedimiento de revisión no se funda en el efecto de cosa juzgada de la sentencia anterior, sino en la necesidad de oír a todos los interesados que podrían verse afectados por la nueva medida (cuestión garantizada en el procedimiento consultivo, según se ha visto)” Resolución 53/2018 TDLC, considerandos 119° a 121°.

215. La justificación para admitir tal circunstancia se encuentra en que, en sede de libre competencia, las medidas que se adoptan tienen una naturaleza constitutiva que, para efectos de prevenir y cautelar la protección del bien jurídico involucrado, no se hacen inmutables frente a cambios de circunstancias. La jurisprudencia refleja esa idea señalando que en esas medidas subyace el principio *rebus sic stantibus*, según el cual las decisiones pueden alterarse en caso de que se modifiquen las circunstancias concomitantes al momento de adoptarse una decisión. En este sentido, se ha resuelto que:

“En efecto, como se ha resuelto, atendido que las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común, estas se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura”¹⁹⁹.

216. Más allá de la discusión acerca de qué tipo de categoría de cosa juzgada refleja mejor esa idea²⁰⁰, lo cierto es que la norma del artículo 32 del DL 211 consagra una especie de inmunidad de responsabilidad a propósito de la actividad realizada por quienes obtuvieron la primera decisión y ejecutaron o celebraron actos o contratos de acuerdo con esa decisión. De este modo, la continuación de esas actividades de ejecución o celebración, como señala la norma, “(...) no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueran 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”.

¹⁹⁹ Resolución 67/2021 TDLC, considerando 23°.

²⁰⁰ Según cierta jurisprudencia esa cosa juzgada refleja la idea de cosa juzgada formal, como se indicó en la Resolución 8/2005, considerando 3°: “Que, en efecto, el artículo mencionado en el considerando anterior prescribe que “los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo a las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, si no en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueran calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal...”. En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este Tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este Tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1958, pp. 416 y siguientes). Por lo demás, así lo sostuvo en su oportunidad la Honorable Comisión Resolutiva en la Resolución N° 667, de fecha 30 de octubre de 2002. Por consiguiente, de esta forma es como debe interpretarse lo enunciado en el considerando Quinto de la Sentencia N° 3 de 29 de junio de 2004, citada por la FNE en su informe”. Sin embargo, la idea de modificación de una decisión por otra posterior en base a cambios de circunstancias parece ser mejor concebida por el concepto de cosa juzgada provisional.

217. Habiendo aclarado esos conceptos preliminares cabe señalar que la jurisprudencia del H. TDLC es consistente en indicar los requisitos que se exigen para la procedencia de un asunto no contencioso, cuando se invoca el artículo 32 del DL 211.

218. Al respecto, la Resolución 67/2021 TDLC, señala que:

“25. Por último, en lo que concierne a la forma en que pueden modificarse o revocarse las condiciones o medidas impuestas sobre un hecho, acto o contrato en virtud de un cambio en las circunstancias que las originaron, dicho cambio debe ser declarado por este Tribunal en un nuevo procedimiento, con ocasión de una solicitud expresa al efecto. Así ha resuelto la jurisprudencia en esta sede: ‘La única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, pudiendo contar para ello durante el procedimiento no contencioso respectivo con la opinión de todos aquellos actores del mercado que quisieran intervenir en el mismo. Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del DL 211, pues el afectado por una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida que exista un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie’ (Sentencia N° 117/2011, c. 80°; Resolución N° 53/2018, § 125; Resolución N° 65/2021, § 19)”²⁰¹.

219. En el mismo sentido, la Resolución 70/2022 TDLC, cuando indica que:

“6. Para alzar o modificar una condición impuesta con motivo de un procedimiento de consulta, es necesario la presentación de una nueva consulta en la que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes, conforme al artículo 32 del D.L. N° 211. En relación con lo anterior, la jurisprudencia en esta sede ha reconocido la posibilidad de modificar o alzar una condición, debiendo basarse la revisión que se haga de ellas en un cambio de circunstancias jurídicas o económicas (Sentencia N° 117/2011 c. 21°; Resolución N° 53/2018, párr. 123; y Resolución N° 57/2019, párr. 50, 51 y 52).

*7. Para los efectos del pronunciamiento de fondo y, en el caso en concreto, la determinación de la finalidad de la medida es relevante para la nueva revisión que se haga de ella **cuando se base en un cambio de circunstancias**. Respecto de este aspecto del análisis, la Sentencia N° 147/2015 resolvió que las condiciones fijadas en procedimientos no contenciosos deben interpretarse considerando la finalidad y motivación de estas, con el objeto de que la medida propuesta sea eficaz. En su parte pertinente se estableció que ‘toda medida preventiva o correctiva está compuesta no sólo de un objeto –esto es, una conducta exigida– sino también de una finalidad. En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (‘sensum’) más que a las palabras (‘non verbum’), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal (...) no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida*

²⁰¹ Resolución 67/2021 TDLC, considerando 25°.

respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva ideológica o funcional)´ (c. 10º)²⁰².

220. En base a esos pronunciamientos y otros que se han dictado, es posible concluir que los requisitos para evaluar la procedencia de una Consulta basada en el artículo 32 del DL 211, son: (i) que exista una primera decisión; (ii) que se inicie un nuevo procedimiento; (iii) que en el nuevo procedimiento se pida el término o modificación de medidas adoptadas en la primera decisión; y, (iv) que quien inicia el nuevo procedimiento invoque y demuestre la existencia de nuevos antecedentes, los que deben expresar un cambio significativo en las circunstancias jurídicas o económicas que subyacían en la primera decisión.

221. En cuanto al primer requisito, el mismo se reconoce en el tenor del artículo 32 del DL 211 que dispone que *“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...)”*, lo que da cuenta que debe existir una decisión en cualquier procedimiento de libre competencia, sea contencioso o no contencioso. Además, esa primera decisión es aquella cuya modificación se discute en el nuevo procedimiento que se dicte. En la especie, este primer requisito se cumple con las Sentencias *Caps*.

222. El segundo requisito refiere que sobrevenga una nueva decisión que modifique la primera. Según hemos referido el procedimiento que conduce a la nueva decisión podrá ser iniciado tanto por una demanda o un requerimiento (dando lugar a un procedimiento contencioso), o bien, por una Consulta (incoándose un procedimiento no contencioso). La resolución que inició los presentes autos no contenciosos permite verificar este elemento.

223. Sobre el tercer requisito, el objeto del procedimiento iniciado a propósito del artículo 32 del DL 211 es modificar una decisión previa que, a la luz de nuevos antecedentes, se estima inadecuada desde una perspectiva de competencia. A este respecto, la resolución que inició estos autos menciona que el objeto del procedimiento será *“(...) determinar si es necesario precisar o modificar la medida establecida en esta sede, en los autos substanciados ante este Tribunal bajo el Rol NC 448-2018 y ante la Excm. Corte Suprema bajo el Rol 181-2020 (...)”*.

224. Finalmente, la cuarta exigencia es la más relevante en la especie y refiere que quien inicia el nuevo procedimiento invoque y demuestre la concurrencia de nuevos

²⁰² Resolución 70/2022 TDLC, considerando 6º.

antecedentes. Estos nuevos antecedentes deben ser posteriores a la primera decisión²⁰³. De acuerdo con la jurisprudencia del H. TDLC, pueden encuadrarse como nuevos antecedentes tanto modificaciones normativas²⁰⁴ como alteraciones en los niveles de concentración o la entrada de un nuevo actor en el mercado²⁰⁵. De esta forma, estos nuevos antecedentes pueden incidir en circunstancias de hecho, jurídicas y económicas²⁰⁶.

225. De esta manera, esta exigencia no debe ser reconducida necesariamente a antecedentes como sinónimos de “documentos”, sino que, también se comprende en ellos, las transformaciones de aquellas circunstancias concomitantes al momento en que se adoptó una decisión.

226. En el marco de este procedimiento, Movistar ha invocado dos nuevos antecedentes. El primero es el Informe Claro/VTR y el segundo es la información general que Subtel ha manifestó sobre la existencia de un potencial concurso en la banda 3.5 GHz, el que a la fecha de esta presentación ya se encuentra en curso. El primero de esos nuevos antecedentes incide en el segundo aspecto consultado (base de cálculo de los *caps*), mientras que el segundo de esos nuevos antecedentes refiere el primer aspecto que es objeto de la Consulta (momento u oportunidad en que se aplican los *caps*).

²⁰³ “Al respecto, se debe tener presente que el dinamismo de las actividades económicas y la evolución de los mercados, hacen del todo razonable modificar o dejar sin efecto medidas que no se condicen con las condiciones de competencia que rijan con posterioridad a su establecimiento” Resolución 65/2021 TDLC, considerando 17°.

²⁰⁴ “111. Por último, la FNE afirma que los cambios en el marco normativo aplicable permiten sustentar que existió un cambio significativo y permanente en las circunstancias jurídicas que se tuvieron en consideración a la época en que se dictó la Resolución N° 43 que podrían constituir nuevos antecedentes a la luz del artículo 32 del D.L. N° 211. Lo anterior no obstante a que se observe una situación relativamente estática en el mercado supermercadista, el cual además se mantendría altamente concentrado” Resolución 70/2022 TDLC, considerando 111°.

²⁰⁵ Resolución 65/2021, considerando 77°.

²⁰⁶ “Que se descartará desde luego la afirmación de la FNE contenida en el considerando anterior, toda vez que es perfectamente posible que este sentenciador deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado o lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que en apariencia son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada. Lo anterior, siempre y cuando sea solicitada la intervención del Tribunal por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N° 211 para iniciar un procedimiento, y esto se haga fundando la respectiva pretensión en nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción. Esta cuestión, por lo demás, ha sido considerada expresamente por el legislador en el artículo 32° del D.L. N° 211” Resolución 8/2005 TDLC, considerando 2°.

227. Cabe indicar, H. TDLC, que durante la Investigación, Movistar manifestó expresamente que no existen antecedentes diversos de los dos anteriores²⁰⁷.

228. Más allá de lo que se expresará en las conclusiones donde se evalúe si existen nuevos antecedentes a propósito de cada una de las materias consultadas, cabe indicar primeramente que ambos antecedentes expresan una tesis contraria a la sostenida por Movistar.

229. En efecto, en el Informe Claro/VTR, de entre las alternativas para la evaluación de los potenciales efectos de la operación de concentración, se seleccionó una que consiste en que la base de cálculo de los *caps* debe incluir el espectro asignado, el actualmente concursado y el espectro atribuido por norma técnica que próximamente sea concursado. Asimismo, la información existente sobre el posible concurso futuro de la banda 3.5 GHz, manifiesta que la Subtel entiende que es posible ajustar los excesos en los *caps* con posterioridad a una asignación, tal como se realizó también en los concursos del año 2020.

230. Ahora bien, sobre el contenido de los nuevos antecedentes, estos deben enunciar un cambio de las circunstancias jurídicas o económicas que subyacían en la primera decisión²⁰⁸.

231. Al respecto, la jurisprudencia señala que los cambios de circunstancias pueden decir relación con: (i) los antecedentes considerados en la primera decisión²⁰⁹; (ii) con las

²⁰⁷ Toma de declaración Telefónica, de fecha 25 de septiembre de 2023, minuto 40:46 y siguientes: “FNE: Queríamos preguntarles si habría otros nuevos antecedentes diversos de los que están señalados en la Consulta y que ustedes tendrían el interés de presentar a lo largo del procedimiento, diversos de éstos que acabo de referir; MOVISTAR: No, no”.

²⁰⁸ Resolución 77/2023 TDLC, considerando 6°.

²⁰⁹ “La posibilidad de modificar las medidas no depende, entonces, del procedimiento en que hayan sido adoptadas sino de su vinculación inherente a las circunstancias vigentes al momento de su adopción. Si tales circunstancias o riesgos cambian, las medidas pueden ser modificadas para mantener el resguardo presente y futuro del interés público regulatorio” Resolución 65/2021 TDLC, considerando 21°. En el mismo sentido: Resolución 53/2018 TDLC, párrafo 123° y Resolución 59-2019 TDLC, párrafo 50°.

medidas o decisiones mismas que fueron dictaminadas en el primer procedimiento²¹⁰; así como (iii) con la finalidad que subyacían en la primera decisión²¹¹.

232. En el evento que se considere que los nuevos antecedentes inciden en cualquiera de las circunstancias precedentes, esta FNE ha estimado en casos previos que la entidad de la modificación debe ser significativa tanto en su naturaleza como en su proyección temporal. Así, ha expresado que el cambio debe suponer una modificación “*significativa y de carácter permanente en la estructura del mercado*”²¹².

233. Lo anterior se justifica porque es necesario establecer un estándar de revocación a las decisiones previas que sea más alto que el mero cambio de circunstancias concomitantes al adoptarse la primera decisión. A contrario sensu, alteraciones nimias que no modifican la estructura de mercado y que no hacen variar los objetivos de prevención de libre competencia que fueron considerados al momento de la primera decisión produciría un alto nivel de litigiosidad de decisiones previas por vías distintas de los mecanismos de

²¹⁰ Esto ha ocurrido en términos que el H. TDLC ha estimado que el cambio de circunstancias “(...) torne las medidas de mitigación inoficiosas o inconducentes para el fin originalmente perseguido con su imposición” Resolución 70/2022 TDLC, considerando 79°. Asimismo, se ha dictaminado que “Ahora bien, tanto el cambio de circunstancias como la eventual modificación o eliminación de una condición deben ser declarados en un procedimiento seguido en esta sede, en este caso, un procedimiento de consulta” Resolución 65/2021 TDLC, considerando 19°.

²¹¹ En este sentido, el H. TDLC se ha pronunciado, señalando que: “7. Así, para efectos del pronunciamiento de fondo es necesario determinar la finalidad económica que la medida buscaba originalmente en el caso concreto y bajo ese prisma, examinar si existe un cambio en las circunstancias relevante que amerite su alzamiento o modificación (véase, Sentencia N° 147/2015, c. 10°). Las Resoluciones N° 64/2021 y N° 70/2022, que acogieron la solicitud de alzamiento de condiciones impuestas en los mercados de radiodifusión y supermercadista, respectivamente, confirman los anteriores precedentes” Resolución 77/2023 TDLC, considerando 7°.

En el mismo sentido, se ha indicado que: “22. Más allá de las cuestiones fácticas y económicas que deben dilucidarse en esta resolución, es plausible que, frente a un cambio significativo en los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que sustentaron el PAR, este sea modificado (véase Sentencia N° 117/2011 c. 21 y Excma. Corte Suprema rol N° 9843-2011, 5 de abril 2012, c. 6° y rol N° 346-2013, 30 de septiembre de 2013, c. 8°). La autorización legal para modificar las medidas de este Tribunal o las impuestas por la Excma. Corte Suprema, según corresponda, está contenida en el inciso primero del artículo 32 del D.L. N° 211, en cuanto permite el cambio de las medidas cuando nuevos antecedentes permitan variar la calificación de competitivos o anticompetitivos de los actos objeto de las mismas, toda vez que dispone que “[l]os 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.” 23. En efecto, como se ha resuelto, atendido que las medidas impuestas en virtud de potestades regulatorias y de policía son de carácter constitutivo en favor del bien común, estas se rigen por el principio rebus sic stantibus, que permite la mutabilidad de las medidas por cambio de circunstancias para favorecer su eficacia presente y futura (Sentencia N° 147/2015, c. 105°) (Resolución N° 53/2018, § 123; Resolución 64/2021, § 9; Resolución N° 65/2021, § 21)” Resolución 67/2021 TDLC, considerando 22° a 24°.

²¹² Aporte de Antecedentes de la FNE, Rol NC-501-2021, a folio 61, pp. 10-11.

impugnación. De permitirse lo anterior, se perjudica la certeza jurídica y el rol del precedente de libre competencia.

234. Entendemos que este es el estándar que ha seguido también el H. TDLC cuando ha señalado que, en los procedimientos iniciados a la luz del artículo 32 del DL 211, se debe “(...) *examinar si existe un cambio en las circunstancias relevante que amerite su alzamiento o modificación*”²¹³.

235. El mismo estándar se ha establecido en procedimientos contenciosos que se han pronunciado respecto del sentido y alcance del artículo 32 del DL 211, cuando han indicado que “*Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este Tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad*”²¹⁴.

236. En similar sentido, a nivel comparado la Comisión Europea contempla la posibilidad de una revisión excepcional de las medidas con las cuales ha sido aprobada una operación de concentración, la cual será procedente siempre que acaezca una modificación de circunstancias que reúna tres requisitos copulativos, a saber: (i) que el cambio sea significativo, es decir, que cuente con una magnitud tal que altere la naturaleza de los riesgos tenidos a la vista para fundar la resolución de la autoridad de competencia; (ii) que el cambio sea permanente, es decir, que se trate de un cambio no transitorio y cuya permanencia en el tiempo pueda razonablemente argumentarse; y, (iii) que el cambio torne las medidas ineficaces e inconducentes, esto es, que dejen de operar en el sentido esperado por la autoridad de competencia que las impuso²¹⁵.

VII ANÁLISIS SOBRE LAS MATERIAS CONSULTADAS

A. Momento en que deben cumplirse con los *caps*

237. Para comenzar el análisis, se indicará el contenido de las Sentencias *Caps* sobre el momento u oportunidad en que corresponde aplicar los límites a la tenencia de espectro.

²¹³ Resolución 77/2023 TDLC, considerando 7°.

²¹⁴ Sentencia 117/2011 TDLC, considerando 21°.

²¹⁵ Casos M.3770, Lufthansa / Swiss., N° OMP / M-950, Hoffmann – La Roche / Boehringer Mannheim.

238. La Resolución 59/2019 TDLC indicó en el resuelvo 171° que los *caps* debían ser ajustados con anterioridad al concurso, al señalar que:

“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” (subrayado nuestro).

239. Tal criterio de ajuste *ex ante* emana de la parte subrayada del considerando que refiere que se podrá participar en los concursos futuros “*sólo después de adecuar su tenencia a ellos*”.

240. Sin embargo, la sentencia de la Excma. Corte Suprema, en el Rol 181-2020, en el considerando 17°, modificó tal resolución, dando cuenta claramente de una decisión distinta a la del H. Tribunal. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“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 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”* (énfasis agregados).

241. La Consulta señala que la primera parte de ese considerando al referir que la Excma. Corte Suprema indica que “*coincidiendo con lo concluido en la resolución reclamada (...)*”, significa que ese considerando no revoca ni modifica el alcance que posee el resuelvo 171°.

242. Sin embargo, esa interpretación contradice el contenido explícito que posee el resto del considerando 17° que, de manera expresa y clara, menciona: (i) que la regla aplica respecto de futuros concursos, sin distinciones; (ii) que para aquellos concesionarios que excedan los *caps*, deberá ser realizado y acreditado en dos oportunidades: “*en ese momento*” (es decir, previo o al tiempo del concurso), o bien (esto es, alternativamente), “*en un plazo que no superará de seis meses*”.

243. En relación con el punto (i), la Excma. Corte Suprema no hace ninguna distinción respecto del ámbito temporal de la regla de *caps*, aplicándose permanentemente a futuros

concursos. Asimismo, la indicada regla tampoco identifica sujetos específicos que deban cumplirla, por lo que será exigible a todos los operadores que excedan el *cap*.

244. Por su parte, respecto del punto (ii) resulta evidente que la mención “*en ese momento o en un plazo que no superará de seis meses*” no está contenida en la Resolución 59/2019 TDLC, siendo una adición introducida por la Excma. Corte Suprema. El sentido natural de tal expresión es que se debe cumplir al momento del concurso, o bien en los seis meses posteriores a él. En efecto, esos seis meses no pueden ser previos al concurso, porque ello ya está comprendido en que el ajuste ocurra con anterioridad al mismo.

245. Cabe indicar que el H. TDLC ha ratificado que el ajuste debe ser *ex post*. Ello ha ocurrido con posterioridad a la sentencia de la Excma. Corte Suprema, en el marco de la tramitación de la causa no contenciosa asociada a la Consulta Concursos 5G. En ese procedimiento, Movistar solicitó suspender los concursos de las bandas AWS y 3.5 GHz.

246. Sin embargo, el H. TDLC rechazó esas peticiones por resolución de fecha 9 de noviembre de 2020, a folio 31. Posteriormente, Movistar solicitó nuevamente la suspensión basada en nuevos antecedentes, según consta en escrito de folio 142, petición que fue desestimada por resolución de fecha 5 de febrero de 2021, donde señaló expresamente que el entendimiento que tiene sobre esta materia era que la Excma. Corte Suprema había establecido un ajuste posterior al concurso, al indicar que: “(...) (i) *la participación en los Concursos de operadores que actualmente superen los caps establecidos en la Sentencia Rol N° 181-20 de la Excma. Corte Suprema y en la Resolución N° 59/2019, no importa un incumplimiento de las mismas, atendido lo expresamente resuelto por dicha Corte, la cual dispuso que las adecuaciones y ajustes a que dé lugar la implementación de los caps “deberán ser hechas con motivo de futuros concursos, de manera tal que, para la adjudicación de nuevos derechos de uso sobre el 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” (considerando 17°) (...)*”.

247. Al respecto, Movistar entendió que esa era el criterio del H. TDLC sobre uno de los temas que, según vimos, fue objeto de la Consulta Concursos 5G. Lo anterior, porque en el escrito donde retira su Consulta, refiere la resolución mencionada, agregando que: “3) *El H. Tribunal manifestó su parecer respecto de uno de los principales riesgos identificados*

en la Consulta, por lo que no tiene sentido insistir en que se pronuncie sobre ella en este procedimiento²¹⁶.

248. A pesar de lo indicado, Movistar reitera en esta ocasión el asunto de la aplicación de los caps como la primera cuestión de la Consulta, como si se tratara de un nuevo antecedente.

249. Al respecto, cabe indicar que en los Concursos 5G este tema también fue abordado. En las respectivas bases, se contemplaba un ajuste *ex post* de los caps, según se aprecia de su artículo 30:

“(...) 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”²¹⁷.

250. Bajo dicho contexto, en la Consulta Concursos 5G Movistar planteó que el tratamiento de esta materia en las bases constituía un riesgo para la libre competencia²¹⁸. Con todo, como ya fue indicado, dicha consulta fue desistida. Ahora bien, en el presente procedimiento se reitera ese mismo argumento, pero Movistar lo enmarca o arropa con un marco jurídico distinto: la posibilidad que un concurso sobre la Banda 3.5 GHz, que incluya

²¹⁶ Presentación Movistar, de fecha 23 de junio de 2021, de folio 219, de la causa Rol NC-481-2020 TDLC, p. 2.

²¹⁷ Artículo 30 de las bases del concurso de la Banda 700, que corresponden a los siguientes concursos: (i) Concurso de la Banda 700, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta Subtel N°1365, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1882 y N°1956, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; (ii) Concurso de la Banda AWS, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta Subtel N°1366, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1883 y N°1958, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; (iii) Concurso de la Banda 3.5, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta Subtel N°1367, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1884 y N°1957, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; y, (iv) Concurso de la Banda 26, cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta Subtel N°1368, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1885 y N°1959, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente.

²¹⁸ “Por cierto, no podría referirse al caso de que un OMR actualmente supere el Cap Vigente, pues ello contravendría el tenor expreso de lo establecido por el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema que, recordemos, exige que el ajuste espectral se realice antes del concurso (tomando en consideración el nuevo espectro a asignar), y no con posterioridad a su adjudicación. Sin embargo, también sería riesgoso para la competencia que esta obligación de “ajuste post adjudicación” se convirtiese en una “carta blanca” para los OMR que, sin superar los Caps Vigentes, pudiesen concursar por bloques de espectro que, con posterioridad a la adjudicación del concurso (y de resultar ganadores), los sitúen en una posición de exceso espectral” Consulta Movistar 5G, p. 23.

un ajuste *ex post* de los *caps*, ya no es un riesgo anticompetitivo, sino como un nuevo antecedente que justifica hacer variar la sentencia de la Excma. Corte Suprema dictada en el Rol 181-2020.

251. De esta forma, el nuevo antecedente invocado por Movistar corresponde a un entender divergente de la Consultante respecto del momento en que deben aplicar los *caps*. Con todo, en opinión de la FNE tal divergencia no fluye del tenor literal de la medida de las Sentencias *Caps*, de la interpretación que ha dado la Subtel en los concursos 5G de 2020 y 2023, y, finalmente, contradice la posición que había manifestado Movistar en 2020 en una Consulta que decidió retirar. De esta manera, la determinación de la Excma. Corte Suprema respecto del ajuste *ex post* en el cumplimiento de los *caps* no es una materia que se requiera precisar o modificar.

252. De hecho, si bien la Subtel planteó en la causa Rol-448-2018 TDLC, una regla de transición paulatina, a la luz del tenor de la sentencia de la Excma. Corte Suprema rol 181-2020, queda claro que esa regla no fue acogida. Luego de pronunciada esa decisión, la Subtel asumió que su solicitud inicial fue desestimada y, para cumplir la sentencia de la Excma. Corte Suprema, procedió a ajustar los Concursos 5G a lo allí resuelto. En ese proceder demuestra un interés en cumplir con lo resuelto antes que un nuevo antecedente que haga variar aquello que ya fue decidido.

253. Incluso más, la mera diversidad de entendimientos no reúne las características que son exigibles en la especie para constituir un nuevo antecedente, según se explica a continuación.

254. En efecto, los nuevos antecedentes deben suponer un cambio de circunstancias de tipo fáctico, normativo o económico. Esto último sobre todo cuando existe un pronunciamiento expreso sobre el tema tratado en la primera decisión, tal como acontece en la especie.

255. Sobre esta materia es útil señalar que, durante la Investigación, la Directora Secretaria General de Movistar ratificó que la Consulta persigue que se aclare las divergentes opiniones que se han formulado sobre este tópico²¹⁹. Sin embargo, aquello no

²¹⁹ Toma de declaración Telefónica, de fecha 25 de septiembre de 2023, minuto 39:37 y siguientes: “MOVISTAR: (...) es una duda que existía desde un inicio y que es una duda que se vio agravada por cómo se empezó a interpretar por las distintas autoridades y los distintos actores de mercado estos criterios y, ahora, adicionalmente, dado que como comenta Javier, hemos tomado conocimiento que la autoridad pretende en el corto plazo llamar a un concurso en esta banda es que nos parece aún más urgente que esto se aclare”.

es factible de ser considerado como jurídicamente procedente a la luz del artículo 32 del DL 211 y de la jurisprudencia de libre competencia.

256. De esta forma, esta FNE considera que la sentencia referida posee nitidez y precisión suficiente sobre el tenor, sentido y alcance del momento en que deben aplicar los caps. Recurrir al artículo 32 del DL 211 sin que efectivamente existan nuevos antecedentes que lo ameriten es una vía inapropiada para revivir una decisión que ya dictaminó al respecto y sobre la cual no se han alterado las consideraciones habidas al momento en que esa decisión fue tomada, así como tampoco se han invocado antecedentes que demuestren que ha cambiado la finalidad por ella perseguida.

B. Base de cálculo de los caps

257. Las Sentencias *Caps* sobre la específica cuestión de la base de cálculo de los caps no contienen un pronunciamiento expreso. De la lectura de la Resolución N° 59/2019 y de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el Rol 181-2020, aparece que la principal preocupación fue el establecimiento de límites de tenencia de espectro en base a macro bandas, las que quedaron fijadas de acuerdo con el detalle que fue referido en la Tabla N° 4. Al respecto, es necesario hacer presente tres consideraciones.

258. En primer lugar, los caps fueron establecidos por macro bandas, las que, a su vez, incluyen una serie de bandas específicas (todas aquellas que se ubiquen entre los rangos de bandas de la segunda columna de la tabla N° 4).

259. De esta manera, las macro bandas agrupan diversas bandas de frecuencia. Esta idea de caps establecidos por macro bandas es explícita tanto en la Resolución N° 59/2019 como en la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el Rol 181-2020, habiendo esta última confirmado el criterio del H. TDLC sobre este preciso aspecto:

“Ahora bien, a efectos de la presente sentencia, esta Corte Suprema hará suya la división del espectro en macro bandas conforme lo ha hecho el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, distinguiendo las siguientes categorías: (i) Macro banda baja (bandas inferiores a 1 GHz); (ii) macro banda media baja (bandas iguales o superiores a 1 GHz pero inferiores a 3 GHz); (iii) macro banda media (bandas iguales o superiores a 3 GHz pero inferiores a 6 GHz); (iv) macro banda media alta (bandas iguales o superiores a 6 GHz pero inferiores a 24 GHz); y, (v) macro banda alta (bandas iguales o superiores a 24 GHz)”²²⁰ (...) “Cabe precisar, que las propiedades reseñadas en los párrafos fueron descritas por la

²²⁰ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 13 de junio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14° párrafo 2°.

*Subtel, los aportantes de información y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que resulte procedente o necesario innovar en este aspecto*²²¹.

260. En segundo lugar, dentro de cada macro banda existen bandas de frecuencia atribuidas, por una norma técnica, para la prestación de diversos servicios²²².

261. Así, como se aprecia en la tabla siguiente, no todas las bandas de frecuencia que, por ejemplo, pertenecen a la macro banda media están atribuidas, por resoluciones exentas anteriores a las Sentencias Caps, para la prestación de servicios de telefonía móvil.

Tabla N° 15: Normas Técnicas Macro Banda Media

| Frecuencia | Norma Técnica Subtel | Uso del espectro |
|--------------------------------------|--|--|
| 3.330-3.400 MHz y 3.600-3.650 MHz | Resolución Exenta Subtel N° 547, de fecha 26 de marzo de 2020. | Servicios públicos móvil de telecomunicaciones y servicios intermedios de telecomunicaciones |
| 3.400-3.700 MHz | Resolución Exenta Subtel N° 1498, de fecha 22 de octubre de 1999. | Servicios públicos de telefonía local inalámbrica |
| 3.650-3.700 MHz | Resolución Exenta Subtel N° 4596, de fecha 11 de agosto de 2015. | Servicios de transmisión de datos de servicio fijo |
| 3.700-3.750 MHz | Resolución Exenta Subtel N° 6966, de fecha 22 de diciembre de 2009 | Servicio fijo de satélite |
| 3.750-3.800 MHz | Resolución Exenta Subtel N° 2400, de fecha 26 de noviembre de 2019 | Servicios limitados de telecomunicaciones |

Fuente: Elaboración propia en base a información pública.

²²¹ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 13 de junio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14° párrafo final.

²²² En materia de telecomunicaciones se diferencian los conceptos de atribución, adjudicación y asignación, según ha constatado el H. TDLC: “Por otra parte, el Reglamento de Radiocomunicaciones de la ITU distingue los procesos de atribución, adjudicación y asignación de dichas frecuencias. La atribución o estandarización se refiere a la designación de una banda de frecuencias para el uso de uno o más servicios de telecomunicaciones, terrestres o espaciales. La adjudicación, en tanto, consiste en la destinación de una banda de frecuencias específica para un uso no determinado en una zona o área geográfica bajo requerimientos técnicos específicos. Por último, la asignación se refiere a la autorización concedida por la administración de un Estado determinado a un operador móvil para que explote el espectro, conforme a la atribución y adjudicación previamente definidas” Resolución 59/2019 TDLC, considerando 130°.

262. Por otro lado, la atribución y adjudicación a un mismo servicio de distintas bandas de frecuencias en distintas macro bandas, favorece al acceso a un portafolio de espectro para así prestar de modo más eficaz dicho servicio. Ese portafolio permite acceder a las diversas propiedades físicas de coberturas, capacidad y latencia de diferentes bandas de frecuencia, pudiendo así prestarse de forma más competitiva el servicio en cuestión. Así, lo indicó la Resolución 59/2019 TDLC²²³ y la Excm. Corte Suprema en la causa Rol 181-2020²²⁴.

263. De conformidad con los antecedentes jurisprudenciales anteriores, queda de manifiesto que las Sentencias *Caps*, asumieron la realidad de asignación de espectro, en cuanto a que dentro de cada macro banda existen atribuidos diversos tipos de servicio. En este sentido, deben entenderse las menciones que realizó la Excm. Corte Suprema en la sentencia Rol 181-2020, a propósito de la fijación de los *caps*, referidas a evitar acaparamiento, promover el ingreso de un cuarto operador, y generar un portafolio de espectro, se relacionan directamente con la telefonía móvil. Por tanto, se encuentra en el entendimiento de las Sentencias *Caps* que la base de cálculo por macro banda atiende también al tipo de servicio.

264. En tercer lugar, sabiendo que las macro bandas incluyen diversas bandas de frecuencia y que no necesariamente permiten prestar una misma clase de servicio, surge la cuestión acerca de cómo se establece el cálculo de los límites máximos de tenencias en

²²³ “Por otra parte, como ya se ha señalado (párrafo 128), las macrobandas definidas difieren entre sí en sus propiedades físicas de cobertura, capacidad y latencia, por lo que presentan cierto grado de complementariedad y, por consiguiente, los operadores requieren un portafolio de espectro para competir de manera eficaz. Así, con el objeto de evitar que un operador tenga incentivos a acaparar espectro en algunas macrobandas y haga inviable la entrada de operadores creíbles, se justifica la fijación de caps separadamente por cada una de ellas. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que las bandas medias altas (entre 6 y 24 GHz) no han sido atribuidas a servicios de telecomunicación móvil, por lo que, en las condiciones actuales, carece de sentido establecer algún cap en dicha macrobanda. Por esta razón, sólo se fijarán límites en las bandas bajas, medias bajas, medias y altas, según la definición expuesta en el párrafo 141” Resolución 59/2019 TDLC, considerando 149°.

²²⁴ “Décimo Cuarto: Que otro aspecto en que existe poca o nula discusión sobre su conveniencia, consiste en la imposición de límites o caps por macro bandas. Tal parecer se sustenta en la necesidad de que cada operador cuente con portafolios de espectro radioeléctrico, atendidas las diferentes propiedades físicas que poseen las diversas frecuencias de onda, que, como se ha dicho, varían entre sí en cuanto a su cobertura, capacidad y latencia. De esta manera, para que un operador pueda alcanzar credibilidad en el mercado requerirá acceder tanto a frecuencias bajas, por su gran cobertura y capacidad de penetración, como a frecuencias altas, atendida su notable capacidad de transmisión de información y baja latencia, requerimientos que llevan a entender que el acaparamiento del espectro debe ser evitado en toda su extensión y, por consiguiente, un límite o cap general carecería de aptitud para evitar la exclusión de operadores entrantes”

Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 13 de junio de 2020, Rol 181-2020, considerando 14° párrafo 1°.

cada macro banda (es decir, los criterios que deben considerarse dentro de esa base). Esta es precisamente la segunda materia que es objeto de la Consulta.

265. Movistar plantea que la base de cálculo “(...) sólo debe considerar el espectro efectivamente asignado, sin distinción según tipo de servicio, considerando la unidad territorial o zona de las concesiones respectivas”²²⁵.

266. Para fundamentar tal posición, Movistar refiere el considerando 170° de la Resolución 59/2019 TDLC, que señala: “Los límites máximos de tenencia regirán conforme al ámbito territorial definido por la Subtel a fojas 2669 y 2669 vuelta, es decir, se impondrán sobre cada unidad territorial o zona. Ello implica que en cada unidad territorial, sea regional o comunal, ninguno de los operadores podrá exceder el límite máximo de tenencia de espectro, considerando todas sus licencias” (sin subrayado el original).

267. En toma de declaración ante la FNE, la representante de Movistar indicó que también debería considerarse dentro de la base de cálculo el espectro que se encuentra coetáneamente siendo objeto de un concurso público²²⁶.

268. En los Concursos 5G de 2020, Subtel incluyó las bandas de frecuencias asignadas y concursadas dentro de la macro banda y sin distinguir si el servicio atribuido era fijo o móvil.

269. Cabe indicar que ese entendimiento fue diverso al sostenido por la Subtel en el procedimiento no contencioso Rol NC 448-2018, antes de la dictación de las Sentencias Caps, donde expresó que la base de cálculo debía ser efectuada por bandas de frecuencias que tengan norma técnica que habilite la prestación de ciertos servicios. No hizo mención alguna a una división por macro bandas (refiere más bien, todas las bandas de frecuencia), sosteniendo en específico que:

“A juicio de esta Subsecretaría, las reglas que deben aplicarse para determinar el total de bandas de frecuencia disponibles son las siguientes: (i) Se deben

²²⁵ Consulta Movistar, p. 14.

²²⁶ Toma de declaración Telefónica, de fecha 25 de septiembre de 2023, minutos 1:15:20 y siguientes: “FNE: Por eso la pregunta es, en algún momento va a existir una licitación y la licitación va a recaer sobre alguna banda de frecuencia, esa banda de frecuencia licitada que aún no ha sido asignada debería considerarse o no en la base de cálculo. Esa es la pregunta. Porque claramente si hoy no hay licitación no aplica el tercer criterio de determinación de la base de cálculo (...). Por eso en el caso que exista formalmente un proceso de licitación y se liciten bandas, la posición de Telefónica es que eso se incluya en la base de cálculo o que no se incluya; MOVISTAR: Eso sí, porque hay certeza, se sabe cuánto es y hay claridad”.

considerar todas aquellas bandas que cuenten con una norma técnica que habilite la prestación de servicios móviles y su adjudicación mediante un concurso; y, (ii) Se deben excluir de ese total, aquellas bandas que estén destinadas a fines específicos o distintos de la prestación de servicios móviles por parte de un concesionario²²⁷.

270. Con todo, al igual que en la anterior materia consultada, el nuevo criterio de Subtel es una forma de implementar la decisión contenida en las Sentencias *Caps*.

271. Por su parte, en el Informe VTR/Claro la FNE incluyó dentro de su análisis la eventual superación de los *caps* por parte del *joint venture* cuya aprobación se solicitaba. En ese contexto, se determinó el universo de espectro que debe considerarse en cada macrobanda, sobre la cual la División de Fusiones analizó los criterios existentes en la materia, sustentados por la Subtel y con los que manifestó -en términos generales- concordancia²²⁸.

272. Bajo dicho contexto, se consideró que la base de cálculo corresponde al “espectro disponible”, que comprende:

“(a) aquel [espectro] que se encuentra actualmente atribuido a la prestación de Servicios Inalámbricos y asignado a los distintos operadores para su uso; (b) aquel que está atribuido mediante norma técnica para la prestación de dichos servicios, y se encuentra actualmente siendo objeto de un concurso público para su asignación a los operadores; y (c) aquel que, no estando concesionado ni actualmente siendo objeto de un concurso público, se encuentra atribuido mediante norma técnica para la prestación de dichos servicios, y respecto al cual existe certeza razonable que será concursado para su asignación a los operadores en el corto plazo²²⁹.

273. En aplicación de lo anterior, en las macrobandas afectadas se consideró que el *cap* sería de 360 MHz en la macro banda media baja y 350 MHz en la macro banda media²³⁰.

274. De este modo, a diferencia de lo sostenido por Movistar, los criterios de Subtel y la FNE han sido concordantes según expresamente se indicó en el Informe de Aprobación²³¹, siendo la principal prevención añadida expresamente la necesidad de que exista una “certeza razonable” de que el espectro será concursado en corto plazo. En particular, se indicó que, de no concursarse el espectro disponible en el corto plazo, podría constituir un

²²⁷ Presentación Subtel, Rol NC-448-2018 TDLC, de folio 2635, p. 74.

²²⁸ Informe VTR/Claro, párr. 623.

²²⁹ Informe VTR/Claro, párr. 624.

²³⁰ Informe VTR/Claro, párr. 625.

²³¹ Informe VTR/Claro, párr. 629.

nuevo antecedente en los términos del artículo 32 del DL 211²³². Con todo, como se señaló, Subtel está efectuando un concurso de dicho espectro en la actualidad.

275. Asimismo, es preciso señalar que en el Informe Claro/VTR se descartó que sea adecuado para el análisis de la operación ampliar la base de cálculo al espectro que estuviera puramente atribuido y regulado a servicios distintos de aquellos que eran materia de su análisis. Así sostuvo que:

“En específico, esta División considera que no corresponde ampliar la base de cálculo en la macro banda media a más de 350 MHz, incluyendo las frecuencias entre 3.650-3.800 MHz toda vez que en la actualidad, el Espectro entre las frecuencias 3.650-3.800 MHz se encuentra regulado por diferentes normas técnicas, conforme a las cuales se ha establecido para cada sub-banda de frecuencias un tipo de servicio distinto al relacionado a la prestación de Servicios Inalámbricos”²³³.

276. De esa forma, el Informe VTR/Claro descartó considerar dentro de la base de cálculo el espectro que podría teóricamente asignarse a los operadores móviles. Sin embargo, en base a las respuestas entregadas por la Subtel, también descartó ampliar la base a “(...) porciones de espectro que ni siquiera han sido atribuidos para un determinado tipo de servicio mediante norma técnica vigente”²³⁴.

277. El criterio seguido en el Informe Claro/VTR no es el más amplio que podría seguirse, poniendo el foco de análisis en la asignación de espectro por tipo de servicio dentro de las macro bandas de manera actual y dentro de un futuro próximo, que era el relevante para esa operación de concentración.

278. En base a todo lo señalado, para resolver la cuestión acerca de si resulta procedente precisar o modificar las Sentencias *Caps* en lo referente a la base de cálculo, a partir de lo expresado en este aporte de antecedentes, se debe considerar que el Informe VTR/Claro - que es el “nuevo antecedente” invocado por Movistar- corresponde a la aplicación por parte de esta Fiscalía, de forma concordante con Subtel, de lo resuelto por la Excm. Corte Suprema.

279. De esta forma, la Consulta al invocar ese informe como un nuevo antecedente parece manifestar una mera divergencia con lo sostenido en ese documento. Sin embargo,

²³² Informe VTR/Claro, párr. 642.

²³³ Informe Claro/VTR, párr. 630, p. 178.

²³⁴ Informe Claro/VTR, párr. 634, p. 180.

hemos examinado que esa contraposición de opiniones no permite cumplir con el requisito de “nuevo antecedente” para el artículo 32 del DL 211.

280. Ahora bien, en atención a que las Sentencias *Caps* sobre esta materia únicamente fijaron los límites de tenencia de espectro por macro banda y por tipo de servicio, señalando ciertas finalidades generales a ser logradas con esos *caps*, pero no se pronunciaron expresamente por la base de cálculo que debía ser usada, ello no obsta que el H. TDLC pueda, en este proceso, determinar qué se debe incluir en esa base de cálculo.

281. Finalmente, resulta necesario reiterar que, si bien no es un antecedente que se haya invocado por Movistar y que se suscitó con posterioridad a la presentación de la Consulta, lo resuelto en la por la Excm. Corte Suprema en la Sentencia Reclamación Wom puede tener cierto impacto en el entendimiento de los *caps* y su composición, toda vez que en ella se resolvió que la modificación de concesiones para incorporar nuevos servicios “(...) *sólo se podía realizar a través de un concurso público, sin que procediera la asignación directa, tanto para empresas de telecomunicaciones que tuvieran o no concesiones vigentes en la Banda 3.5, pues todos debían concurrir a través de concurso público para la asignación del espectro radioeléctrico*”.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la Solicitud de autos.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal tener por acompañados, en carácter de público y con citación, el Oficio Ord. N° 14788, DJ N° 319, de la Subtel, de fecha 19 de octubre de 2023, que responde el Oficio Ord. N° 1532 FNE, de fecha 21 de septiembre de 2023.

SÍRVASE H. TRIBUNAL: Tener por acompañado, con citación, el documento individualizado previamente.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal, tener por cumplido lo ordenado por resolución de fecha 6 de noviembre de 2023, a folio 63, en cuanto ordena oficiar a esta FNE para efecto de que informe “(...) *si las partes del joint venture VTR/Claro han dado cumplimiento a la medida de mitigación denominada “Medida PUEEER” bajo la cual se aprobó dicha operación de concentración, en la investigación Rol FNE F295-2021*”.

En relación con tal cuestión, es posible informar al H. TDLC que para fiscalizar las medidas de mitigación incluidas en el Informe VTR/Claro, dictado en el marco de la investigación Rol F295-2021 FNE, incluyendo la medida de mitigación denominada “Medida PUEEER”, se inició la investigación Rol 2712-22 FNE.

Esa investigación se encuentra actualmente en curso. Sin embargo, dado que ella no ha concluido, no existe a la fecha una determinación definitiva ni una calificación acerca de si se ha dado cumplimiento a la Medida PUEEER. Lo anterior, ocurrirá una vez que se produzca el término de esa indagatoria de conformidad a las vías que la ley establece.

SÍRVASE H. TRIBUNAL: Tener por cumplido lo ordenado por resolución de fecha 6 de noviembre de 2023, a folio 63, al informarse de acuerdo con el tenor de lo solicitado.