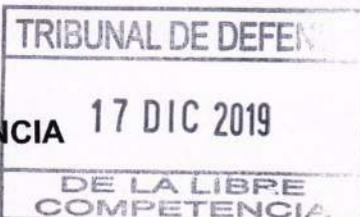


EN LO PRINCIPAL: Recurso de Reclamación. **EN EL OTROSÍ:** Acompañan documento.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



MARIO BRAVO RIVERA, CRISTIÁN R. REYES CID y GABRIEL MATÍAS TRAFILAF ORTIZ, abogados, por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, en autos caratulados "**Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico**", Rol NC 448-2018, a ese H. Tribunal, respetuosamente, decimos:

Que en virtud del artículo 31 del D.L. N° 211 de 1973, y estando dentro de plazo, venimos en interponer fundadamente Recurso de Reclamación en contra de la Resolución N° 59/2019 dictada por ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**"), con fecha 4 de diciembre de 2019, que contiene el pronunciamiento de V.S. sobre la consulta efectuada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones ("**Subtel**"), en relación a la eventual modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido previamente en 60 MHz.

El presente recurso de reclamación tiene por objeto que la Excm. Corte Suprema revoque parcialmente la citada Resolución N° 59/2019, modificándola en los siguientes términos:

1. Instruir a Subtel para que en lugar de velar para que existan "a lo menos cuatro operadores", y sólo en algunas macrobandas, vele por eliminar las barreras de entrada a nuevos competidores, de modo que exista espectro disponible al menos para seis operadores de telefonía móvil con redes propias ("**OMR**"), y para que el espectro sea asignado con la debida homogeneidad, en todas las macrobandas.
2. Sustituir todos los límites indicados en esa resolución por la condición de que en las bases de los futuros concursos públicos para adjudicar nuevas bandas para telecomunicaciones móviles (por ejemplo, 3,5 GHz o 28 GHz), Subtel defina al menos seis bloques o concesiones, de modo de facilitar la potencial existencia de seis OMR en el país.
3. Establecer que en las bases para futuros concursos de bandas previamente utilizadas en telecomunicaciones móviles (por ejemplo, 700 MHz o 2.100 MHz) exijan como condición para participar que, luego de la adjudicación, el ganador no supere el 20% del espectro total de la correspondiente macrobanda, y
4. Incorporar medidas de mitigación en la Resolución N° 59/2019, como la obligación permanente de los OMR con poder significativo de mercado (que

hoy son Entel¹, Movistar² y Claro³) de disponer de ofertas de servicios mayoristas para operadores móviles virtuales (OMV) y para servicios de *roaming* nacional, elaboradas sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos, transparentes, orientados a costos, en condiciones económicamente viables y no discriminatorias, de modo que todas y cada una de las ofertas al detalle de cada oferente, puedan ser replicadas por los operadores que contratan los correspondientes servicios mayoristas.

El presente Recurso de Reclamación está fundado en los siguientes antecedentes y argumentos de hecho, de derecho y económicos.

I. ANTECEDENTES

Chile es hoy un país relativamente avanzado en materia de telecomunicaciones, pero en los últimos quince años los servicios correspondientes se han prestado en condiciones de competencia insuficiente, lo que ha impedido que bajen los precios en segmentos como el de las personas de menos recursos, o que mejore la calidad, especialmente en ciudades pequeñas y en zonas rurales. Lo anterior es una amenaza para el bienestar de la población y para el desarrollo de la economía digital.

Una de las causas de la situación recién descrita fue el concurso público convocado por Subtel a fin del año 2013, para licitar tres concesiones en la banda de 700 MHz, destinadas a prestar servicios de telefonía móvil con tecnología de cuarta generación (4G), porque las bases correspondientes no consideraron debidamente la protección a las condiciones de competencia, de suerte que hicieron imposible la postulación de operadores distintos de los tres dominantes de entonces (Entel, Movistar y Claro).

No está de más recordar que la jurisprudencia de V.S. -corregida o complementada en reiteradas ocasiones por sentencias de la Excma. Corte Suprema- ha reconocido sobradamente que el principal insumo en el mercado de las telecomunicaciones móviles es el acceso al espectro radioeléctrico, recurso escaso y bien nacional de uso público a la vez, que en Chile es administrado y licitado por Subtel, conforme a las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.168, y del D.L. N° 211.

A raíz de lo anterior, en 2014 Conadecus inició un juicio antimonopolios ante ese H. Tribunal, en la causa Rol C 275-14 ("caso 700 MHz"), cuya sentencia definitiva, dictada por la Excma. Corte Suprema en junio de 2018 (Rol 73.923-2016 de la Excma. Corte), dio la razón a nuestra representada, al resolver en síntesis que:

¹ Fundamentalmente, Entel PCS Telecomunicaciones S.A., sin perjuicio de la operación que también realiza en el mercado su relacionada Entel Telefonía Local S.A. Por lo mismo, la referencia a "Entel" en este escrito, comprende a ambas compañías.

² Telefónica Móviles de Chile S.A., también conocida como "Telefónica".

³ Claro Chile S.A.

- i) Entel, Movistar y Claro incurrieron en una conducta anticompetitiva al adjudicarse la banda de 700 MHz, en el concurso público convocado por Subtel, sin respetar el límite de 60 MHz dispuesto legal y previamente como máximo para cada operador de telefonía móvil.
- ii) Entel, Movistar y Claro deberán desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que adquirieron en ese concurso, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada.
- iii) Subtel deberá velar por el oportuno y adecuado cumplimiento de lo anterior, y
- iv) En el evento que Subtel estime necesaria la revisión del referido límite de 60 MHz, deberá iniciar un proceso de consulta ante el TDLC. En caso contrario, deberá iniciar los procedimientos necesarios para que se cumpla ese límite.

Producto de ello, en julio del año en curso, Subtel propuso a V.S., en los autos Rol C 275-14, un Cronograma de Cumplimiento para materializar el desprendimiento de espectro que ordenó la Excma. Corte por medio de los resueltos ii) e iii) recién señalados. Posteriormente, Entel, Movistar y Claro propusieron a Subtel las bandas de las cuales se desprenderían, lo que fue informado por dicha Subsecretaría al TDLC, y aceptado en definitiva por nuestra representada, por considerar que el referido Cronograma, así como las fórmulas de desprendimiento propuestas a su vez por Entel, Movistar y Claro, resultaban razonables y congruentes con el fallo de la Excma. Corte Suprema.

En virtud de lo anterior, Entel, Movistar y Claro se desprenderán de las siguientes bandas de frecuencias, conforme a la facultad de elegir que les confirió la sentencia de la Excma. Corte Suprema:

- a) Entel devolverá a Subtel 20 MHz en la banda de 3,5 GHz (banda donde próximamente se iniciarán los servicios móviles con tecnología de quinta generación, 5G, en el país), y licitará 10 MHz en la banda de 900 MHz, totalizando así los 30 MHz de los que debe desprenderse.
- b) Movistar devolverá a Subtel 50 MHz en la banda de 3,5 GHz (de cobertura regional, que Subtel considera equivalentes a 10 MHz de cobertura nacional), y licitará 10 MHz en la banda de 1,9 GHz, totalizando así los 20 MHz de los que debe desprenderse.
- c) Claro devolverá a Subtel 20 MHz en la banda de 3,5 GHz, que corresponden a la misma cantidad de espectro de la que debe desprenderse.

En paralelo, y en virtud de la opción considerada en el resuelvo iv) de la referida sentencia de la Excma. Corte Suprema, con fecha 3 de octubre de 2018, a fojas 205 de autos, Subtel sometió a consideración del V.S. una consulta sobre nuevos límites de espectro radioeléctrico (la presente causa Rol NC 448/2018), donde la autoridad sectorial en síntesis propuso lo siguiente:

- a) Un nuevo límite de 50 MHz para el conjunto formado por las actuales bandas de 700 MHz, 850 MHz y 900 MHz (conjunto que Subtel denomina macrobanda baja).
- b) Un nuevo límite de 60 MHz para el conjunto formado por las actuales bandas de 1.900 MHz, 2.100 MHz y 2.600 MHz (macrobanda media baja).
- c) Un límite de 80 MHz para la futura banda de 3,5 GHz (macrobanda media alta).
- d) Un límite de 200 MHz para la futura banda de 28 GHz (macrobanda alta).

En términos simples, la propuesta de Subtel equivalía a aumentar el actual límite de 60 MHz a 110 MHz, en las seis bandas de telefonía móvil hoy en uso⁴. De manera adicional, esa propuesta de Subtel contenía una serie de medidas complementarias para fomentar la competencia, como imponer de forma obligatoria el *roaming* nacional para las empresas que cuenten con redes propias, obligar a esas mismas empresas a mantener una oferta de facilidades y de reventa de planes para los OMV, u obligar a compartir infraestructura pasiva entre los operadores, a precios y condiciones no discriminatorios.

Sin embargo, a poco andar, con fecha 22 de marzo de 2019 (fojas 1.756), Subtel reformuló completamente su propuesta inicial, y bajo el pretexto de acoger una idea planteada por nuestra representada, y por otros aportantes -esto es, establecer límites dinámicos, en vez de límites absolutos, rígidos, como los recién descritos-, propuso que V.S. apruebe en su defecto un límite por empresa **equivalente al 32% del espectro disponible**.

Nuestra representada hizo notar a V.S. que ese guarismo de 32% no sólo era arbitrario y carente de justificación técnica o económica, sino que además consolidaría el oligopolio actual que detentan los principales OMR como Entel, Movistar y Claro, arrinconaría al cuarto OMR existente en el mercado (Wom⁵), e impediría que en el futuro pueda ingresar al país un quinto o sexto OMR, lo que contraría la amplia jurisprudencia sobre la materia que se desprende del D.L. N° 211.

Más aún, en nuestra presentación hicimos ver a V.S. que ese guarismo de 32% hará que el mercado de las telecomunicaciones aumente su elevada concentración actual, en vez de disminuirla, en abierta contravención con el objetivo de la Sentencia Rol N° 73.923/2016 de la Excma. Corte Suprema, que obligó a Entel, Movistar y Claro a desprenderse de una cantidad de espectro equivalente a la que adquirieron indebidamente en el concurso público de la banda de 700 MHz, precisamente por ser esa concentración de espectro contraria a la libre competencia que debería existir en este mercado.

⁴ Las seis bandas hoy en uso son las de 700 MHz, 850 MHz, 900 MHz, 1.900 MHz, 2.100 MHz y 2.600 MHz.

⁵ Wom S.A.

Además, el referido guarismo de 32% colisionaba de manera frontal con la Sentencia anterior de la Excma. Corte Suprema, de fecha 27 de enero de 2009, dictada en causa Rol N° 4.797/2008 (Licitación de servicios de tecnología 3G en la banda AWS), que señaló de manera textual -basada en recomendaciones previas de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") y de la propia Subtel- en el sentido que en el sector telecomunicaciones **tiene que haber:**

*"...homogeneidad en la cantidad de espectro con que deben contar los distintos actores que participan en este mercado, pues -de lo contrario- **la excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico con que cuente un operador de telefonía móvil frente a sus competidores derivará inevitablemente en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores...**" (Considerando décimo séptimo de la Sentencia de la Corte Suprema; el énfasis es nuestro).*

En síntesis, la nueva propuesta de Subtel, al permitir que los tres principales operadores de telefonía móvil puedan contar con una excesiva mayor cantidad de espectro radioeléctrico (32% cada uno, totalizando así un 96% del espectro disponible), y dejar a sus eventuales competidores el escaso 4% restante, iba a facilitar una mayor concentración en el mercado, en abierta contradicción a lo considerado y dispuesto por la Excma. Corte Suprema.

Como puede apreciarse a fojas 780 y siguientes, y en los alegatos ante V.S. del 27 de mayo de 2019, nuestra propuesta de límites dinámicos, en cambio, procuraba una desconcentración gradual del espectro, y estimulaba la entrada de dos nuevos OMR -cosa que para nada consideró la nueva propuesta de Subtel-, de modo que en el largo plazo, a medida que se habiliten nuevas bandas de espectro, todos los operadores fuesen tendiendo **gradualmente** hacia una mayor **homogeneidad** en la asignación de ese recurso escaso.

En todo caso, más que porcentajes, lo que hemos propuesto en estos autos es una nueva política pública, que permita aumentar los OMR actuales de cuatro a seis, a lo menos, mediante un mecanismo de límites dinámicos⁶.

De ese modo, los límites globales por cada operador convergerán gradualmente, desde la situación actual, que es altamente concentrada y no homogénea, a una mucho más desconcentrada y homogénea. Ello, a su vez, permitirá poner término a la situación oligopólica de la industria y aumentar la competencia, por la vía de implementar un mercado efectivamente desafiante.

En todo caso, nuestra propuesta considera que es el mercado quien mejor puede establecer cuántos operadores caben en él; por eso, no nos asusta

⁶ Para tal efecto propusimos que en los concursos públicos de espectro para nuevas bandas, como las de 3,5 GHz o 28 GHz, Subtel licite al menos seis concesiones o bloques, a los que podrán postular tanto los actuales OMR como nuevos OMR. Nuestra propuesta también considera que cualquier OMR obtenga espectro adicional en las bandas preexistentes (como 700 MHz o 2.600 MHz), siempre que con ello no sobrepase el 20% del total disponible.

que en las licitaciones de nuevas bandas haya seis o más bloques, y que uno o dos pudieren quedar libres, y temporalmente sin uso.

Cabe hacer presente que, por su parte, entre los demás aportantes en el presente asunto no contencioso se hicieron, en síntesis, las siguientes propuestas relevantes para los efectos de esta Reclamación:

- Entel propuso que el TDLC elimine los límites de espectro.
- Movistar, por su parte, propuso un límite dinámico del 30% del espectro disponible, ampliable al 33,3%.
- Claro propuso límites mayores que los de Subtel (más de 70 MHz en bandas bajas, más de 80 MHz en bandas medias bajas, más de 100 MHz en bandas medias altas y más de 200 MHz en bandas altas).
- Wom propuso un límite mayor que el de Subtel sólo en bandas medias bajas (90 MHz en ellas). En lo demás respaldó lo que propuso Subtel inicialmente.
- VTR Comunicaciones SpA ("VTR") propuso un límite dinámico por tipo de banda y para cada concurso, y un límite global, para todas las bandas.
- La FNE propuso una distribución **equitativa** del espectro, en varias frecuencias, de modo que no haya desventajas competitivas infranqueables para algunos operadores. También propuso límites dinámicos.
- El grupo GTD (Telsur)⁷ señaló que Subtel no debe renunciar a su responsabilidad de regular la industria, que es dicho organismo el que debería establecer los límites mediante instrumentos legales fáciles de modificar, que haya concesiones nacionales y regionales y que se propicie el ingreso de operadores no incumbentes de servicios intermedios, y
- Qualcomm Servicios de Telecomunicaciones S.A. (Qualcomm) propuso límites de un 35% en bandas bajas (bandas inferiores a 1 GHz), un 30% en bandas medias bajas (entre 1 y 3 GHz), un 35% en bandas medias altas (entre 3 y 6 GHz), y 25% en bandas altas (sobre 24 GHz⁸).

II. PRONUNCIAMIENTO DEL H. TRIBUNAL QUE POR ESTE ACTO SE IMPUGNA

Con fecha 4 de diciembre de 2019, el TDLC dictó la Resolución N° 59/2019, que modifica el límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido previamente en 60 MHz. Cabe recordar que este límite de 60 MHz fue restablecido mediante la sentencia Rol 4.798-2008 de la Excma. Corte Suprema, que

⁷ Compañía Nacional de Teléfonos, Telefónica del Sur.

⁸ Para Subtel la macrobanda alta empieza sobre 6 GHz, en tanto que para Qualcomm empieza sobre 24 GHz.

reemplazó, para este efecto, la condición segunda de la Resolución 27/2008 de V.S., que había dispuesto la eliminación de ese límite.

El numeral 169 de la Resolución N° 59/2019 dispuso fijar los siguientes límites de espectro por cada una de las macrobandas (o conjunto de bandas) definidas en ella, esto es:

1. Macrobanda baja (inferior a 1 GHz): se adopta un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.
2. Macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz): se fija un límite de tenencia de espectro de 30% por operador.
3. Macrobanda media⁹ (entre 3 y 6 GHz): se fijan las siguientes medidas especiales para el corto, mediano y largo plazo:
 - a) En el corto plazo, la Subtel no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz por operador. De ese modo, deberá contar en una primera subasta, con al menos 80 MHz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de dos operadores.
 - b) En el mediano plazo, la Subsecretaría, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 40 MHz contiguos cada uno.
 - c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de espectro de 30% para esta macrobanda, debiendo cada operador tener un mínimo de 80 MHz contiguos.
4. Macrobanda media alta¹⁰ (entre 6 y 24 GHz): no fijar límites atendida la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que la componen.
5. Macrobanda alta¹¹ (superior a 24 GHz): al igual que en la macrobanda media, se fijarán las siguientes medidas para el corto, mediano y largo plazo:
 - a) En el corto plazo, la Subsecretaría deberá asegurar la adjudicación de bloques contiguos que, en suma, no sean inferiores a 400 MHz por operador. Ello permitirá la existencia de al menos dos operadores en esta macrobanda.

⁹ En la parte resolutive, el TDLC modifica las denominaciones y llama "macrobanda media" al segmento entre 3 y 6 GHz, que Subtel denomina "macrobanda media alta".

¹⁰ En la parte resolutive, el TDLC vuelve a modificar las denominaciones y llama "macrobanda media alta" al segmento entre 6 y 24 GHz, que para Subtel forma parte de la "macrobanda alta".

¹¹ Como consecuencia de lo anterior, el TDLC vuelve a modificar las denominaciones y llama "macrobanda alta" al segmento sobre 24 GHz, en tanto que para Subtel la "macrobanda alta" corresponde al segmento sobre 6 GHz.

- b) En el mediano plazo, la Subtel, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 400 MHz contiguos cada uno en esta macrobanda.
- c) Finalmente, en el largo plazo, regirá un límite máximo de 25%. En cualquier caso, la Subtel deberá velar porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 800 MHz contiguos cada uno.

A juicio de nuestra representada, la Resolución N° 59/2019 contiene aspectos positivos y negativos para la competencia en el mercado de la telefonía móvil, según veremos a continuación.

III. ASPECTOS POSITIVOS DE LA RESOLUCIÓN N° 59/2019 DEL TDLC

Entre los aspectos positivos de la Resolución N° 59/2019, destacan los siguientes:

III.1 Reordenamiento del espectro

La Resolución reitera la facultad legal de Subtel para reordenar el espectro, que a veces ha sido puesta en entredicho por algunos operadores (lo reitera en varias partes, y finalmente en el numeral 169 o parte resolutive de la Resolución)¹².

III.2 Política pública para que existan al menos cuatro OMR

También nos parece rescatable que el TDLC estructure la idea de una política pública para que en Chile haya "al menos" cuatro operadores móviles con redes propias (OMR), aunque lo plantea sólo para algunas macrobandas y en abierta contradicción con los límites porcentuales fijados (esa idea V.S. la estructura en varias partes, y finalmente en el mismo numeral 169 de la Resolución).

III.3 Principio de transición paulatina

Nos parece positivo asimismo que el TDLC disponga que el ajuste a los límites propuestos sea objeto de una transición paulatina, es decir, que se realice con ocasión de los futuros concursos para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro, de modo tal que los operadores móviles que excedan cualquiera de los límites máximos de tenencia podrán participar en dichos concursos, pero sólo después de adecuar su tenencia a ellos.

En otras palabras, los nuevos límites fijados por el TDLC no obligan a implementar nuevos desprendimientos de espectro, sino que dichos nuevos

¹² A este respecto, es útil tener presente los puntos 2.3 y siguientes del informe denominado "Opinión de la Comisión de Telecomunicaciones del Colegio de Ingenieros de Chile A.G. con relación a los casos de 3.500 MHz y de 700 MHz", del 27 de agosto de 2018.

límites sólo deben considerarse para efectos de los nuevos concursos públicos por este recurso (numeral 171 de la Resolución).

IV. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA RESOLUCIÓN N° 59/2019 DEL TDLC

No obstante lo anterior, nuestra representada opina que la Resolución N° 59/2019 contiene también una serie de aspectos negativos, que opacan completamente a los positivos y atentan en contra de la protección de la libre competencia en la industria de las telecomunicaciones. Entre los aspectos negativos se destacan los siguientes:

IV.1 Los límites porcentuales que fijó el TDLC son arbitrarios y sin fundamentos objetivos

Tal como se aprecia de su sola descripción, los límites porcentuales que fijó V.S. en la resolución impugnada son arbitrarios, ya que no sólo carecen de fundamentos objetivos, sino que además son distintos en cada macrobanda:

- 35% en la macrobanda baja (inferior a 1 GHz).
- 30% en la macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz).
- 30% en la macrobanda media (entre 3 y 6 GHz).
- 25% en la macrobanda alta (sobre 24 GHz).

El único sustento numérico que podrían tener esos límites es la propuesta del fabricante Qualcomm, **que no es un precisamente aportante neutral**, por ser proveedor directo e indirecto de los principales operadores de telefonía móvil del país¹³.

Subtel, en cambio, propuso un guarismo uniforme del 32%, que aunque es abiertamente excesivo y perpetuador de la actual falta de homogeneidad en la asignación del espectro, al menos resultaba común para todas las macrobandas.

En todo caso, el argumento dado por V.S. para adoptar el 35% en la macrobanda baja propuesto por Qualcomm, en vez del 32% uniforme que proponía Subtel, es que este último *"...impediría que, en futuros concursos en esta macrobanda, incumbentes con tenencias por sobre dicho cap puedan participar. Esta situación podría afectar la competencia por la cancha, dado **que el operador que podría participar en el concurso, al no enfrentar competencia, no tendría incentivos suficientes para ofrecer un proyecto de alta calidad.** Así, se adoptará un límite de tenencia de espectro de 35% por operador..."* (el énfasis es nuestro). Ese argumento de V.S. es completamente errado, ya que los límites tienen por objeto -precisamente- impedir que los operadores dominantes, **que cuentan con ventajas generalmente irremontables para ganar los concursos**

¹³ La decisión del TDLC es similar a la propuesta de fojas 566 de Qualcomm, salvo en lo relativo a la macrobanda media, donde el TDLC optó por un 30% a largo plazo, en vez del 35% que proponía Qualcomm para ese mismo rango (que Qualcomm, al igual que Subtel, llama macrobanda media alta).

públicos, se apoderen de la mayor parte del espectro, como lamentablemente ha ocurrido en Chile.

De igual forma, el argumento dado por V.S. para adoptar el 30% en la macrobanda media baja propuesto por Qualcomm, es que "...Este cap, en línea con la política sectorial, **permitirá a cuatro operadores creíbles contar con una capa de cobertura suficiente para la provisión de servicios móviles de nueva generación** y, además, desarrollar infraestructura compatible con 5G para zonas urbanas..." (el énfasis es nuestro). Pero este argumento de V.S. vuelve a ser completamente errado, y contradictorio, ya que si efectivamente fuese válido contar con **al menos** cuatro operadores creíbles, como objetivo de política sectorial, y con un espectro asignado de manera más homogénea, el guarismo correcto habría sido un 25%, o menos, y no un 30%.

V.S. no entrega argumentos para justificar el 30% de límite de largo plazo en la macrobanda media¹⁴, pero da a entender que el objetivo sería el mismo que el anterior (contar con cuatro operadores creíbles). Reiteramos que si fuese válido contar con **al menos** cuatro operadores creíbles, el guarismo correcto debió haber sido un 25%, o menos, y no un 30%.

V.S. tampoco entrega argumentos para justificar el 25% de límite de largo plazo en la macrobanda alta, que nuevamente es el mismo que propuso Qualcomm, pero en este único caso ese guarismo sí es coincidente con el objetivo de contar con cuatro operadores creíbles, objetivo que, en todo caso, sigue siendo contrario -a juicio de Conadecus- a la mayor competencia que debiera existir en este mercado.

Con lo anterior ha quedado demostrado que V.S. ha actuado de manera arbitraria, y sin fundamentos objetivos, al establecer los límites para cada macrobanda.

IV.2 Política pública para que existan al menos cuatro OMR

Si bien es rescatable que el TDLC estructure la idea de que en Chile haya "al menos" cuatro OMR (aunque sólo en algunas macrobandas), ese objetivo de política pública tiene nulo valor, porque en Chile ya existen esos cuatro OMR (Entel, Movistar, Claro y Wom); y si sumamos a VTR, que todavía está en una situación incierta respecto del uso de su red propia, **podríamos decir que en Chile ya existen cinco OMR**. En tales circunstancias, una política pública pro competitiva debió apuntar a dejar la puerta abierta a un potencial sexto operador, tal como lo propuso nuestra representada en forma reiterada en estos autos, siendo completamente ignorada al efecto.

Es más, como vimos anteriormente, los distintos límites que fijó V.S. para cada macrobanda son contradictorios con la política pública de que haya "al menos cuatro OMR". En efecto, y más allá de que en Chile ya hay cuatro OMR, la

¹⁴ Recordemos que en esta macrobanda, Qualcomm proponía un 35% (Qualcomm la denomina media alta).

expresión "al menos cuatro OMR" debió haber inducido a V.S. a pensar más bien en límites del 20%, de modo de asegurar espacio a los cuatro operadores con redes propias que ya existen, y mantener una reserva para un potencial quinto operador, **de modo que el mercado sea desafiante en todo momento**, sin que la falta de espectro sea el modo de cerrar la puerta a potenciales nuevos entrantes. Más aún, si consideramos que en Chile ya hay cinco OMR, V.S. debió haber pensado incluso en límites inferiores al 20%, **para asegurar la permanente desafiabilidad del mercado.**

A este respecto, quisiéramos reiterar que **la propuesta de nuestra representada no era tanto de porcentajes**, sino que lo que propusimos es un mecanismo de límites dinámicos, **que permita ingresar al mercado uno o dos nuevos OMR, en adición a los cuatro OMR actuales** (Entel, Movistar, Claro y Wom), junto con avanzar gradualmente hacia una mayor homogeneidad en la tenencia de espectro.

Es más, en la página 45 de su propuesta inicial, de fojas 205, y refiriéndose al número de operadores, Subtel declaró que su objetivo era *"...que al menos los OMR que operan efectivamente en el mercado tengan niveles lo más **equitativos y homogéneos** de derechos de uso del espectro..."* junto con *"...respetar espacio para **potenciales nuevos entrantes**..."* (el énfasis es nuestro). Si consideramos que a esa fecha ya había cuatro OMR nítidamente definidos, la expresión "potenciales nuevos entrantes", redactada en plural, lleva a entender que Subtel estaba pensando en al menos dos OMR adicionales. Sin embargo, en su nueva presentación, a fojas 1.762, Subtel modificó su postura anterior para hablar ahora sólo de mantener los cuatro operadores con redes propias que ya existen (Entel, Claro, Movistar y Wom), cerrando así las puertas del mercado.

Una política pública de cuatro OMR, en un mercado donde ya hay cinco, sin contar a los OMV que el día de mañana bien podrían convertirse en OMR, es manifiestamente regresiva y anticompetitiva, y por ende, ilegal.

Ha sido el TDLC el que de *motu proprio* estructura en su pronunciamiento una política pública de "al menos cuatro OMR", que es un avance respecto de la nueva consulta de Subtel, **pero un retroceso respecto de la consulta inicial.**

La misma Subtel, al modificar los límites fijos propuestos en su consulta inicial, y proponer en su defecto un límite porcentual del 32%, abandonó también su idea de que los operadores tengan niveles lo más **equitativos y homogéneos** en cuanto a derechos de uso del espectro.

Este actuar errático de Subtel -y de otros organismos relacionados- no es algo nuevo, sino que ha sido advertido de manera reiterada por la Excm. Corte Suprema; la última vez que ocurrió eso fue en el caso 700 MHz, donde hizo ver que la FNE revisó las bases del concurso público de la banda de 700 MHz, por encargo de Subtel, sin detectar aspectos anticompetitivos, luego de lo cual el Máximo Tribunal concluyó que ello *"...no es más que el reflejo del **errático actuar** de las autoridades encargadas de velar por el acceso igualitario al mercado de*

telecomunicaciones..." (considerando décimo sexto de la sentencia del caso 700 MHz; el énfasis es nuestro).

En cualquier caso, también es completamente errado que V.S. ordene a Subtel velar para que existan "a lo menos" cuatro operadores, y además sólo en algunas bandas, porque en un mercado competitivo, la cantidad de actores no se debe establecer mediante una resolución judicial o administrativa -salvo en casos muy excepcionales-, sino que corresponde al mercado establecerla, **para lo cual es preciso que las puertas de entrada a éste permanezcan abiertas en todo momento**. Subtel, a lo más, sólo podría velar para que exista espectro disponible para cinco, seis o más operadores, y para que ese recurso sea asignado con la debida homogeneidad, en todas las macrobandas, conforme a una política pública realmente pro competitiva.

En efecto, y reiterando lo que señalamos anteriormente, es contrario al D.L. N° 211 pensar en un mercado de "a lo menos cuatro" operadores, en un país donde ya existen "a lo menos seis" conglomerados empresariales relevantes (Entel, Movistar, Claro, Wom, VTR y el grupo GTD), además de varios operadores de menor tamaño -como los OMV- que procuran abrirse espacio en el mercado y que con una política pública pro competitiva podrían crecer, y de empresas extranjeras que también han mostrado interés por establecerse en el país, según consta en el expediente de esta causa¹⁵.

IV.3 Posibles efectos de un límite de 35% en la macrobanda baja

Más aún, un límite tan alto como 35% en la macrobanda baja, y dependiendo de cómo Subtel elabore en el futuro las bases de los concursos públicos correspondientes, podría permitir que Entel recupere los 10 MHz de los que se va a desprender en la banda de 900 MHz, y que Movistar y Claro obtengan cada una 10 MHz adicionales de los 20 MHz que hoy están en reserva en la banda de 700 MHz, dejando fuera a cualquier otro potencial interesado, como podrían ser VTR o Wom, tal como se muestra en las tablas 1 y 2:

Banda	Entel	Movistar	Claro	VTR	Wom	Reserva	Total
700 MHz	30	20	20			20	90
850 MHz		25	25				50
900 MHz	10					10	20
Adjudicado	40	45	45	0	0	30	160
	25,0%	28,1%	28,1%	0,0%	0,0%	18,8%	100,0%

Situación de la macrobanda baja después del desprendimiento

Tabla 1

Banda	Entel	Movistar	Claro	VTR	Wom	Reserva	Total
700 MHz	30	30	30				90
850 MHz		25	25				50
900 MHz	20						20
Adjudicado	50	55	55	0	0	0	160
	31,3%	34,4%	34,4%	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%

Situación hipotética de la macrobanda baja después

¹⁵ Ver, por ejemplo, la presentación de mi representada al TDLC, en los alegatos de fecha 27 de mayo de 2019.

de concursos de 700 MHz y 900 MHz y límite del 35%
Tabla 2

En tal escenario, hipotético, por cierto, pero posible, el límite del 35% impedirá el acceso de nuevos actores a la macrobanda baja. En cambio, un límite, por ejemplo, de un 20%, no daría lugar a nuevos desprendimientos de espectro pero impediría que los operadores que actualmente concentran la tenencia de espectro en esa macrobanda, como Entel, Movistar y Claro, participen en los futuros concursos públicos de 700 MHz y de 900 MHz, y facilitaría el acceso a la misma de dos nuevos actores, como VTR o Wom, como se muestra en el ejemplo de la tabla 3.

Banda	Entel	Movistar	Claro	VTR	Wom	Reserva	Total
700 MHz	30	20	20		20		90
850 MHz		25	25				50
900 MHz	10			10			20
Adjudicado	40	45	45	10	20	0	160
	25,0%	28,1%	28,1%	6,3%	12,5%	0,0%	100,0%

Situación hipotética de la macrobanda baja después
de concursos de 700 MHz y 900 MHz y límite del 16,6%
Tabla 3

De ese modo, también, y a medida que se creen nuevas bandas en el rango de la macrobanda baja, la homogeneidad en la adjudicación del espectro iría mejorando en forma gradual, e incluso, operadores como Entel, Movistar o Claro también podrán obtener espectro adicional allí.

IV.4 Imprecisiones respecto de los próximos concursos públicos para la banda de 3,5 GHz

La exigencia de contar con al menos 80 MHz de espectro en 3,5 GHz en el corto plazo, y asegurar la existencia de un mínimo de dos operadores, es imprecisa, ya que no indica si estos dos operadores pueden ser los preexistentes (Entel, Claro o VTR), o si sólo deben ser nuevos operadores, sin espectro actualmente en la banda de 3,5 GHz (por ejemplo, Wom, Movistar, Grupo GTD, etc.). Más aún, prensa especializada ha señalado que en virtud de la Resolución que estamos impugnando, sólo Entel quedará impedida de participar en el próximo concurso de servicios 5G en la banda de 3,5 GHz, como se consigna en el Otrosí, lo que podría dificultar el acceso de nuevos OMR.

Mucho más lógico -y consistente con una política de al menos cuatro OMR- habría sido establecer un límite provisional de 40 MHz en la banda de 3,5 GHz (sin exigir desprendimientos de espectro a Entel, que cuenta con 80 MHz en esa banda), lo que permitiría dar espacio a cinco operadores iniciales de servicios 5G¹⁶.

¹⁶ En nota de fecha 8 de noviembre del año en curso, dirigida a Subtel (ingreso N° 145.384), Conadecus propuso a dicho organismo que -con el objeto de evitar la sobreinversión en redes 5G- las bases para el concurso público de servicios 5G en la banda de 3.5 GHz, permitan la explotación conjunta de hasta dos concesiones, con la condición de que la red fusionada que se implemente sea operada por una empresa filial separada, en calidad de operador de infraestructura, de modo de asegurar un trato no discriminatorio a sus propietarios y a terceros.

También llama poderosamente la atención que a largo plazo todos los operadores debieran tener **un mínimo de 80 MHz** contiguos en 3,5 GHz. ¿Qué sentido tiene imponer valores mínimos en una política de límites, que busca todo lo contrario? ¿No habría sido mejor establecer 80 MHz como máximo en la banda de 3,5 GHz?

En cualquier caso, ese mínimo de 80 MHz carece de sustento técnico y restringe arbitrariamente la cantidad de competidores, toda vez que la tecnología 5G para la banda de 3,5 GHz hay portadoras normalizadas de 10, 15, 20, 30, 40, 50, 60, 70, 80, 90 y 100 MHz; ¿por qué se fabrican equipos con portadoras inferiores a 80 MHz, si este valor debiera ser el mínimo, según el TDLC? Por lo demás, en el expediente constan los casos de diversas administraciones que aceptan valores inferiores a 80 MHz, como la del Reino Unido, que ha asignado bloques de 40 y 50 MHz contiguos en la banda de 3,5 GHz¹⁷.

Por ser esta materia un aspecto eminentemente técnico -que además va a ir evolucionando con el avance de la tecnología-, pensamos que es Subtel quien debiera establecer los tamaños mínimos de los bloques, así como su condición de contiguos, y que V.S. sólo debiera intervenir en la eventualidad que esos tamaños mínimos transgredan los límites de tenencia de espectro.

IV.5 Imprecisiones respecto de los próximos concursos públicos para la banda de 28 GHz

El TDLC propone a mediano plazo disponer de al menos 400 MHz contiguos para cada operador en la macrobanda alta (28 GHz), siendo que Subtel propuso inicialmente 200 MHz.

En la actualidad, la banda de 28 GHz tiene en teoría una extensión inicial de 850 MHz (ver tabla 19 del informe de Subtel de fojas 205), de modo que el límite inicial que fijó V.S. para ella sería del 47% en ella, lo que no permitiría la existencia de cuatro operadores iniciales, sino que sólo de dos (y estos dos tendrán una enorme ventaja respecto de los que accedan después).

Nuevamente, además, un mínimo de al menos 400 MHz no es un límite, sino que todo lo contrario, una disposición arbitraria que garantiza la concentración.

IV.6 Definiciones imprecisas de corto, mediano y largo plazo

Las definiciones de corto, mediano y largo plazo que hace V.S. son imprecisas y reñidas con lo que establece la Teoría Económica.

Desde un punto de vista económico, el corto plazo es aquel lapso en el cual las empresas pueden ajustar la producción alterando solamente los factores

¹⁷ Ver sección 163 de la Resolución impugnada.

variables, como las materias primas o el trabajo, pero no los factores fijos como el capital; el largo plazo, en cambio, es un lapso suficientemente extenso como para que se puedan ajustar todos los factores, incluido el capital¹⁸. Desde un punto de vista contable, en cambio, corto plazo significa todo lo que esté dentro del año calendario en el que se formula un balance, y largo plazo, lo que exceda de ese lapso. Ninguna de las dos definiciones son aptas para orientar el accionar futuro de Subtel, por lo que en la práctica sería imposible fiscalizar su cumplimiento.

IV.7 Ausencia de medidas de mitigación

Como señalamos anteriormente, la primera consulta de Subtel proponía no sólo nuevos límites para todas las macrobandas de telefonía móvil, sino que también contenía una serie de medidas complementarias, como imponer de forma obligatoria el *roaming* nacional para las empresas que cuenten con redes propias, obligar a esas mismas empresas a mantener una oferta de facilidades y de reventa de planes para los OMV, u obligar a compartir infraestructura pasiva entre los operadores, a precios y condiciones no discriminatorios. La nueva propuesta de Subtel, y la Resolución N° 59/2019 de V.S., omitieron completamente tales medidas de mitigación, que son indispensables, en tanto no se logre una mayor homogeneidad en la asignación del espectro radioeléctrico.

Cabe recordar que tales medidas están contenidas también en la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011, de la Excma. Corte Suprema, que modificó la Sentencia 104/2010 de V.S. y ordenó que Entel, Movistar y Claro presentasen, dentro del término de 90 días, ofertas de facilidades y/o reventa de planes para los OMV, sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios. De igual forma, en las bases de los concursos públicos de las bandas de 2.600 MHz (del año 2011) y de 700 MHz (del año 2013), Subtel dispuso obligaciones similares.

Sin embargo y por diversos motivos, esas obligaciones no han podido ser correctamente implementadas, lo que ha dificultado el desarrollo de los OMV, y de los servicios de *roaming* nacional, en el caso de los OMR de menor cobertura.

Por lo anterior, nuestra representada es del parecer que también se deben incorporar medidas de mitigación en la Resolución N° 59/2019, como la obligación permanente de los OMR con poder significativo de mercado (que hoy son Entel, Movistar y Claro) de disponer de ofertas de servicios mayoristas para OMV y para servicios de *roaming* nacional destinados a los OMR de menor cobertura, elaboradas sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos, transparentes, orientados a costos, en condiciones económicamente viables y no discriminatorias, de modo que las ofertas al detalle de cada oferente, puedan ser replicadas por los operadores que contratan los correspondientes servicios mayoristas.

¹⁸ El largo plazo también puede corresponder a la etapa inicial en la que se realiza la planificación de un proyecto, ya que en ese instante también son variables todos los factores.

V. CONSIDERACIONES FINALES

H. Tribunal, Conadecus no tiene duda alguna acerca de la importancia del presente expediente no contencioso, atendidas las innumerables consecuencias -favorables o desfavorables- que pudieren resultar del mismo para la libre competencia en el mercado de la telefonía móvil y, por consiguiente, para una inmensa mayoría de los consumidores chilenos.

Por lo mismo, nuestra representada ha considerado adecuado que el establecimiento de límites de espectro por operador sea dinámico (porcentual), de modo de evitar continuas consultas a V.S., pero ello de modo alguno significa aceptar límites porcentuales aberrantes que -en definitiva- signifiquen consolidar el oligopolio que detentan Movistar, Entel y Claro, perjudicar la presencia o el ingreso de otros operadores y, por tanto, infringir de manera abierta e injustificada lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211 y lo ordenado de manera expresa por la Excma. Corte Suprema en los fallos citados en este escrito.

Cabe recordar que, precisamente, en virtud de dichas Sentencias, el límite máximo de espectro vigente es -hasta el día de hoy- el de 60 MHz, cantidad que sin duda debe ser ampliada, pero teniendo siempre en mente lo importante que ha sido este límite para proteger la libre competencia.

Debido a ello, no corresponde intentar siquiera preservar en la situación oligopólica existente en el mercado, dado que vulneraría la letra y el espíritu de las normas y sentencias referidas, que buscan aumentar la competencia en la telefonía móvil y permitir el ingreso y desarrollo de otros actores.

También quisiéramos señalar que la tramitación y estudio del presente recurso, en ningún caso significa que se detengan los concursos públicos para la ampliación y desarrollo de los servicios de telecomunicaciones en el país, como es el caso del 5G. Hoy tienen plena vigencia los límites de 60 MHz para la telefonía móvil, y de 100 MHz para la telefonía fija, que si son debidamente respetados y aprovechados por Subtel, pueden permitir la materialización de esos concursos públicos, en espera de una sentencia definitiva por parte de la Excma. Corte Suprema.

Finalmente, nuestra representada quisiera manifestar que hoy, más que nunca, cuando la ciudadanía reclama justificadamente por los abusos que se cometen en diversos mercados -abusos que en nuestra opinión ocurren principalmente porque la competencia es insuficiente en ellos- es preciso que la FNE y el TDLC velen para que aumente la competencia en todos los mercados, o bien, cuando ello no sea plenamente factible, para que identifiquen e implementen medidas correctivas o de mitigación.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1º, 18, 27 y 31 del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Tener por interpuesto para ante la Excm. Corte Suprema el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Excmo. Tribunal con el fin de que se enmiende conforme a Derecho la citada Resolución N° 59/2019, dictada por V.S. y, en su reemplazo, la Excm. Corte se sirva dictar una sentencia definitiva que modifique la resolución impugnada en los siguientes términos:

1. Instruir a Subtel para que en lugar de velar para que existan "a lo menos cuatro operadores", y sólo en algunas macrobandas, vele por eliminar las barreras de entrada a nuevos competidores, de modo que exista espectro disponible al menos para seis OMR, y para que el espectro sea asignado con la debida homogeneidad, en todas las macrobandas.
2. Sustituir, en consecuencia, todos los límites indicados en esa resolución por otra condición, consistente en que en las bases de los futuros concursos públicos para adjudicar nuevas bandas para telecomunicaciones móviles (por ejemplo, 3,5 GHz o 28 GHz), Subtel defina al menos seis bloques o concesiones (lo que equivale a establecer un límite de 16,6% en cada banda nueva), de modo de facilitar la potencial existencia de seis operadores con redes propias (OMR) en el país.
3. Establecer que en las bases para futuros concursos de bandas previamente utilizadas en telecomunicaciones móviles (por ejemplo, 700 MHz o 2.100 MHz) exijan como condición para participar que, luego de la adjudicación, el ganador no supere el 20% del espectro total de la correspondiente macrobanda, y
4. Incorporar medidas de mitigación en la Resolución N° 59/2019, como la obligación permanente de los OMR con poder significativo de mercado (que hoy son Entel, Movistar y Claro) de disponer de ofertas de servicios mayoristas para operadores móviles virtuales (OMV) y para servicios de *roaming* nacional, elaboradas sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos, transparentes, orientados a costos, en condiciones económicamente viables y no discriminatorias, de modo que todas y cada una de las ofertas al detalle de cada oferente, puedan ser replicadas por los operadores que contratan servicios mayoristas.

OTROSÍ: Solicitamos al H. Tribunal tener por acompañada, con citación, copia del artículo de prensa titulado "Telefónicas respaldan fijación de límites variables de espectro resuelta por el Tribunal de la Libre Competencia", publicado en el Diario Financiero con fecha 6 de diciembre de 2019, que indica que en virtud de la Resolución N° 59/2019, sólo Entel quedará fuera del próximo concurso 5G en 3,5 GHz, siendo que dicho concurso debería orientarse a la posibilidad de agregar al menos dos nuevos OMR, sin permitir la participación de los OMR que ya cuentan con espectro esa banda (Entel, Claro y VTR).

