

EN LO PRINCIPAL: promueve asunto no contencioso. **PRIMER OTROSÍ:** solicitud que indica. **SEGUNDO OTROSÍ:** acompaña documentos. **TERCER OTROSÍ:** acredita personería. **CUARTO OTROSÍ:** señala correos electrónicos. **QUINTO OTROSÍ:** Solicita providencia urgente. **SEXTO OTROSÍ** patrocinio y poder.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Gladys Fuentes Espinoza, abogada, en representación convencional, según se acreditará, de **Telefónica Móviles Chile S.A.** (“Movistar”), sociedad del giro de las telecomunicaciones, ambas domiciliadas, para estos efectos, en Avenida Providencia N°111, piso 28, comuna de Providencia, Región Metropolitana, al H. Tribunal con todo respeto digo:

Que, conforme a lo establecido en los artículos 18° y 31° del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”), solicito se admita a tramitación el presente asunto no contencioso, con el objeto de que el H. Tribunal resuelva si las bases de los denominados “Concursos Públicos 5G”, que más adelante se singularizarán, pueden infringir las normas que protegen la libre competencia.

En efecto, tal como se desarrollará en esta presentación, revisadas las referidas bases (“las Bases 5G”) en el corto periodo de tiempo que ha mediado entre la fijación de su texto definitivo y la presentación de esta consulta, Movistar ha advertido que aquellas pueden generar riesgos anticompetitivos, toda vez que: (i) propenden al incumplimiento de los límites máximos de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico¹ (“Caps Vigentes”) fijados en esta sede o, al menos, generan extrema incerteza respecto de su base de cálculo; (ii) la división de los bloques de espectro radioeléctrico a concursar, injustificadamente, excluye a ciertos competidores y otorga ventajas anticompetitivas a otros; (iii) al forzar una licitación como mecanismo de asignación de espectro, en el caso de la “Banda 3.5 GHz”² se utiliza una modalidad de subasta que limita injustificadamente la competencia; (iv) el concurso que asignará espectro en la Banda 3.5 GHz distorsiona el proceso competitivo, pues indisponibiliza espectro, genera incertidumbre y otorga ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la misma; (v) al elaborar las Bases 5G, Subtel parece no estar dando cumplimiento a la orden de la Excm. Corte Suprema de privilegiar la adjudicación del espectro en la Banda 3.5 GHz a operadores entrantes o de menor tamaño; (vi) en los hechos, las bases de los Concursos 5G implican un tránsito hacia un sistema basado en la neutralidad de servicios, lo que genera riesgos anticompetitivos si no se adoptan medidas para “nivelar la cancha” entre los distintos operadores de telecomunicaciones; y, (vii) el monto de las boletas de garantía constituye un requisito que podría dificultar la participación de postulantes y reducir la intensidad competitiva en los Concursos Públicos 5G.

¹ Si bien lo propio es señalar que se asignan “derechos de uso” sobre el espectro radioeléctrico, para efectos de simpleza, en lo sucesivo también se utilizará la expresión “asignación de espectro radioeléctrico” o “asignación de espectro”.

² Para los efectos de esta presentación, 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 Hz.

En definitiva, sin perjuicio de la finalidad de política pública que persiguen los Concursos 5G³, las Bases 5G, de manera innecesaria y desproporcionada, no aseguran niveles adecuados de competencia *por la cancha* en los respectivos concursos, ni tampoco propician la competencia *en la cancha* en el mercado de las telecomunicaciones móviles.

Ahora bien, no es posible iniciar esta presentación sin lamentar que la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“Subtel”), una vez fijado el texto definitivo de las Bases de los Concursos Públicos 5G, no haya considerado oportuno someter a consideración del H. Tribunal su conformidad con el DL 211 y, en su lugar, haya tenido que ser nuestra representada la que haya debido asumir tan necesario rol.

En efecto, desde que entró en vigencia el artículo 13 C de la Ley General de Telecomunicaciones (“LGT”)⁴, casi sin excepción⁵, los concursos públicos para la asignación de espectro radioeléctrico siempre han sido objeto de litigación⁶ y, sólo cuando esta judicatura especializada ha ejercido su potestad consultiva *ex ante*⁷, se han evitado litigios cuya naturaleza propicia la

³ “La licitación del espectro de banda para tecnología 5G se basa en cuatro principios fundamentales: calidad, cobertura, neutralidad tecnológica y seguridad. Por esta razón, el concurso asegura un nivel de calidad adecuado y una cobertura de al menos el 90% de los habitantes de nuestro país (...) este concurso permitirá dar un salto cualitativo en nuestras redes, pues se pondrán a disposición de las empresas 1.800 MHz para invertir en infraestructura, cifra cuatro veces mayor que los 470 MHz que se han concesionado en toda la historia del sector. Asimismo, las empresas tendrán la obligación de conectar a todas las capitales regionales y provinciales del país, permitiendo que el 5G se despliegue con equidad territorial. En esta línea, esperamos que las empresas concreten el interés que han mostrado durante este último tiempo, participando ahora en este concurso”, presidente Sebastián Piñera en el lanzamiento de las Bases de los Concursos 5G, 17 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/presidente-pinera-anuncia-la-primera-licitacion-5g-de-latinoamerica-y-la-creacion-de-un-ecosistema-digital-publico-privado/>

⁴ Artículo introducido por la Ley N°19.277 del año 1994. Con anterioridad a la dictación de esta norma, no era necesario que las concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones cuya norma técnica sólo permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos, fuese otorgada por concurso. Así aconteció con el otorgamiento de las concesiones sobre la banda 850 MHz.

⁵ El único concurso exento de litigación fue el la Banda 2.505-2.565 MHz y 2.625 y 2.685 MHz (“Banda 2.6”) Con todo, recientemente había sido resuelta una consulta de Subtel que había prohibido participar en el concurso anterior (cuyo objeto era introducir la Tecnología 3G) a Movistar, Entel y Claro. Así, dado que los adjudicatarios de tal concurso no desplegaron redes para desarrollar dicha tecnología, era esperable un segundo concurso que disponibilizara espectro para las compañías que no habían podido participar en el concurso de la Banda 2.6.

Con todo, cabe hacer presente que la participación de dichas empresas igualmente fue cuestionada en esta sede años después, pero no fue objeto de acción infraccional porque ya había transcurrido el plazo de prescripción. En efecto, tal cuestionamiento fue incluido en la demanda que dio inicio a la causa rol C N°275-2014, caratulada “Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles S.A. y otros”.

⁶ Así: (i) el llamado a concurso de la banda 1900 MHz se realizó en 1995, pero recién pudo asignarse en el año 1997, debido a la presentación de un recurso de amparo económico; (ii) el llamado al primer concurso de la Banda 3.5 GHz fue realizado en el año 2001, y ello vino precedido de la dictación de la Resolución N°584 de la H. Comisión Resolutiva; (iii) el llamado al segundo concurso de la Banda 3.5 GHz fue realizado en el año 2004, pero recién pudo asignarse el año 2005 tras la presentación de una demanda infraccional en esta sede por parte de Entel y la traba de una medida precautoria que suspendió el concurso, además de haberse dilatado por litigación acerca del derecho preferente de Claro (entonces Telmex); (iv) el llamado a concurso de la banda AWS vino precedido de una consulta de Subtel ante el H. Tribunal; y, (v) el concurso de la banda 700 vino seguido de una demanda infraccional interpuesta por Conadecus.

⁷ Así aconteció con el primer concurso de la Banda 3.5 GHz y el concurso de la Banda AWS. En ambos casos, el H. Tribunal de Libre Competencia (o su antecesor, la H. Comisión Resolutiva) estableció las condiciones que debían cumplir las bases respectivas, lo que evitó litigiosidad posterior y otorgó seguridad a la industria. Asimismo, cuando Subtel pretendió asignar espectro adicional en la Banda 1900 MHz, sin sujeción al artículo 13 C de la Ley General de Telecomunicaciones, el antecesor de este H. Tribunal dictó la Resolución N°588/2000 y ordenó la realización de un concurso. De este modo, preventivamente, se evitó la litigiosidad posterior a la asignación de espectro.

dilación los concursos respectivos⁸, o bien, la dictación de medidas *ex post* que han generado incertidumbre en la industria⁹.

Y a ello debemos agregar que las telecomunicaciones han sido objeto de excesiva litigación en esta sede durante los últimos años, tal como ha advertido la Excma. Corte Suprema recientemente¹⁰.

En este contexto, tomando en consideración las características del procedimiento establecido en el artículo 31 del DL 211 y la celeridad con que el H. Tribunal tramita este tipo de causas¹¹, la necesaria revisión de las bases de los Concursos Públicos 5G en esta sede jurisdiccional, es un costo menor en comparación a los beneficios que traerá una sana competencia, exenta de litigiosidad y en un ambiente de certeza jurídica.

H. Tribunal, la necesidad de que las Bases 5G sean revisadas *ex ante* en esta sede es evidente si, en palabras de Subtel, la “Tecnología 5G”¹² “dará un salto cuántico en velocidad y una menor latencia que hará casi imperceptible la instrucción de un dispositivo hacia otro (...) transformará nuestras ciudades, volviéndolas inteligentes y más sustentables, (...) permitirá el desarrollo de vehículos autónomos, masificará la telemedicina, la ‘domótica’ y el Internet de las Cosas, haciendo que sea algo tan cotidiano en nuestra vida como respirar”¹³

Y así lo entendió Subtel en los autos caratulados “Consulta de Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico”, seguidos bajo el rol NC 448–2018 (“Caso Caps”). En dicha oportunidad, la autoridad sectorial en cuestión solicitó que se fijaran condiciones para los concursos de asignación de derechos de uso del espectro para la

⁸ Tal como expuesto en la nota *supra*, tanto el primer concurso de la banda 1900 MHz como el segundo concurso de la Banda 3.5, fueron asignados con retrasos de dos y un año, respectivamente, con motivo de la interposición de recursos que detuvieron y modificaron el cronograma de sus procesos licitatorios.

⁹ En el caso de la banda 700 MHz, los ganadores del concurso se vieron obligados a devolver espectro, pese a no existir claridad acerca de la existencia de un *cap* vigente de 60 MHz. Véase, Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 25 de junio de 2018.

¹⁰ Excma. Corte Suprema; sentencia de fecha 13 de julio de 2020; Rol 181-2020; Considerando 41: “(...) si se tiene en consideración el indeseado y alto nivel de judicialización de los conflictos competitivos surgidos en el mercado relevante (14 ingresos ante esta Corte Suprema en los últimos 15 años, roles N°181-2020, 15.389-2017, 73.923-2016, 58.909-2016, 11.363-2015, 8.654-2015, 2.506-2013, 2.746-2012, 7.781-2010, 8.077-2009, 97-2009, 4.797-2008, 4.578-2007, y 396-2005)”.

¹¹ A modo de ejemplo, la Causa Rol NC-448-2018, caratulado “Consulta de la Subtel sobre el límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico” fue ingresada con fecha 3 de octubre de 2018, resuelta el día 5 de diciembre de 2019 por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y sentenciada por la Excma. Corte Suprema el día 14 de julio de 2020, es decir, fue tramitada en un plazo de 1 año y 9 meses, su rápida tramitación tiene especial importancia dado la complejidad del asunto objeto de consulta, la participación de todos los agentes del mercado y el análisis de todas las bandas existentes. Por su parte, se encuentra actualmente en tramitación la Causa Rol NC-463-2020, caratulado “Consulta de Transbank S.A. sobre el sistema tarifario implementado por Transbank desde el 1° de abril de 2020”, la causa fue ingresada el día 13 de mayo de 2020 y sus alegatos están fijados para el día 18 de noviembre de 2020, esto es solo seis meses después de su presentación.

¹² Para los efectos de esta consulta, nos referiremos a la “Tecnología 5G” en los términos definidos por las Resoluciones N°59/2019 y N°62/2020 de este H. Tribunal, esto es, como aquella que permite prestar servicios que cumplen algunos de los siguientes estándares: “(i) Banda Ancha Móvil Mejorada (“eMBB”, en inglés): pensada para entornos interiores (penetración de edificios) y exteriores, colaboración empresarial y realidad virtual; (ii) Comunicaciones Masivas entre Máquinas (“mMTC”, en inglés): Internet de las Cosas (“IoT”, en inglés), seguimiento de activos, agricultura inteligente, ciudades inteligentes, entre otras aplicaciones; y, (iii) Comunicaciones Ultrafiabiles y de Baja Latencia (“URLLC”, en inglés) para vehículos autónomos, redes eléctricas inteligentes, aplicaciones médicas y automatización industrial”.

¹³ Gidi, Pamela; “5G: el catalizador para la economía digital de Chile”, columna de opinión; Diario Financiero.

introducción de la tecnología y servicios 5G, sin embargo, ello fue considerado inoportuno por el H. Tribunal atendido a que aún no se habían diseñado las bases del concurso:

“55. En efecto, las condiciones indicadas en los literales (v), (vi) y (vii) del párrafo 44, así como las medidas singularizadas en el párrafo 46 [**condiciones especiales relativas a los concursos de asignación de derechos de espectro para las tecnologías y servicios 5G**], se refieren a obligaciones y exigencias dirigidas a Subtel, asignatarios y operadores que se deberían establecer en **futuros concursos públicos** de asignación de espectro radioeléctrico, respecto de los cuales **no existen lineamientos generales ni menos aún los actos administrativos iniciales que puedan otorgar un marco razonable sobre su contenido, determinación y alcance que pueda ameritar un pronunciamiento del Tribunal**”.

Ahora que existen esos actos administrativos, en lugar de solicitar el pronunciamiento del H. Tribunal, Subtel ha preferido seguir adelante con los Concursos 5G, lo más rápido posible, sin que exista ninguna necesidad técnica o económica que justifique actuar con tal nivel de premura, y pese a que diversos actores han cuestionado las Bases 5G desde la óptica de la libre competencia¹⁴, así como de las políticas públicas en general¹⁵.

En este contexto, el objeto de esta consulta es que las Bases 5G sean sometidas al escrutinio de esta judicatura y, en particular, que se analicen los riesgos identificados por Movistar, así como otros riesgos que, eventualmente, puedan identificar otros intervinientes y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

¹⁴ A modo ejemplar, ver: Resolución Exenta N°1745 que “Aprueba Informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE *Advanced* Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 703-713 MHz y 758-768 MHz” (“[Respuestas Consultas Banda 700](#)”), preguntas número 29 y 31; Resolución Exenta N°1746 que “Aprueba Informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE *Advanced* Pro + 5g o superior) en las bandas de frecuencias de 1.755-1.770 MHz y 2.155-2.170 MHz.” (“[Respuestas Consultas Banda AWS](#)”), preguntas número 3, 26, 78, 85, 103, 107, 108, 109, 136, 160, 170, 206, 212, 217; Resolución Exenta N°1747 que “Aprueba Informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30-3,40 GHz y 3,60-3,65 GHz” (“[Respuestas Consultas Banda 3.5](#)”), preguntas número 2, 4, 5, 6, 10, 13, 15, 21, 24, 25, 46, 62, 195, 199, 205, 212, 213, 224, 233, 237, 289, 303; Resolución Exenta N° 1748 que “Aprueba Informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en la banda de frecuencias de 25,90-27,50 GHz.” (“[Respuestas Consultas Banda 26](#)”), preguntas 6, 7, 10, 13, 15, 20, 23, 24, 40, 44, 141, 145, 150, 151, 153, 204, 218, 223, 280 y 281. En el mismo sentido, CONADECUS ha cuestionado públicamente el diseño del concurso en su sitio web: ver <https://www.conadecus.cl/opinion/espectro-radioelectrico-para-tecnologia-5g-una-premura-innecesaria-por-herman-calderon/>

¹⁵ En este sentido, el día 16 de septiembre de 2020, se presentó el Proyecto de acuerdo de la Sala del Senado, Suma: “Proyecto de acuerdo por el se que solicita a S.E. el Presidente de la República que, si lo tiene a bien, se sirva efectuar una profunda revisión de la configuración actual del proceso de licitación del espectro electromagnético 5G, a fin de que se efectúen en él las modificaciones que se indican”, Boletín N°2132-12, disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/templates/consultas_as_0a/listadoAS.html#

Así, los actores de la industria tendrán plena seguridad de que la asignación de espectro radioeléctrico que se realizará en el marco de los Concursos Públicos 5G no vulnerará el DL 211, lo que otorgará seguridad a las ingentes inversiones que requiere el despliegue de las redes asociadas a la Tecnología 5G, evitando los posteriores cuestionamientos a la participación y adjudicación de concesiones por parte de las empresas, como ya ocurrió con el pasado concurso de la banda 700 MHz, lo que beneficiará a todos los chilenos¹⁶.

Desarrollaremos la presente consulta conforme a la siguiente estructura:

1.- Los Concursos Públicos 5G.....	6
2.- El Informe de Factibilidad evacuado por Subtel de manera previa al llamado a los Concursos Públicos 5G.	7
3.- Las Bases 5G.....	10
4.- Mercados en que inciden las Bases de licitación de los Concursos Públicos 5G.	14
5.- Riesgos para la competencia que generarían las bases de los Concursos Públicos 5G.....	21
5.1.- Riesgo de incumplimiento de los <i>Caps</i> Vigentes e incertidumbre acerca de su base de cálculo.....	22
5.2.1.- El bloque único del Concurso de la Banda 700 y del Concurso de la Banda AWS suaviza la competencia <i>por la cancha</i>	25
5.2.2.- La división de los bloques en el Concurso de la Banda 3.5 es ineficiente desde el punto de vista de la eficiencia espectral y favorece a ciertos operadores.	27
5.3.- Las Bases de los Concursos Públicos 5G, al forzar una licitación, establecen un mecanismo de subastas para el Concurso de la Banda 3.5 que limita injustificadamente la competencia.....	29
5.4.- Las bases del Concurso Público de la Banda 3.5 distorsionan el proceso competitivo porque indisponibilizan espectro, generan incertidumbre y otorgan claras ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.....	33
5.4.1.- Las bases del Concurso de la Banda 3.5 indisponibilizan injustificadamente espectro y generan incertidumbre, lo que incide en la competencia <i>por la cancha</i> y <i>en la cancha</i>	33
5.4.2.- En el contexto actual, las bases del Concurso de la Banda 3.5 otorgan ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.....	37
5.5.- Las bases del Concurso de la Banda 3.5 podrían infringir la orden de la Excm. Corte Suprema en cuanto ordenan privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño.....	40
5.6.- Las bases de los Concursos Públicos 5G imponen un régimen de asignación de espectro basado en el principio de <i>neutralidad de servicios</i> lo que genera riesgos anticompetitivos si no se adoptan medidas para <i>nivelar la cancha</i> entre los distintos operadores.	43

¹⁶ La constante falta de certeza jurídica que afecta al mercado de las telecomunicaciones en el país ha ocasionado en ocasiones un verdadero problema de *hold-up* que ha afectado a varios de los actores más activos de esta industria que son, precisamente, los que han corrido los riesgos y han desplegado las redes que permiten que seamos un país con un importante desarrollo en materia de telecomunicaciones. El constante riesgo de generación de problema de *hold up* -que ya caracteriza a esta industria en Chile- es en parte producto de la resistencia inexplicable de la autoridad para activar ex ante la potestad consultiva de este H. Tribunal y evitar así que, una vez que las concesiones están adjudicadas y se han realizado cuantiosas inversiones para desplegar redes, se fueren, -por medio de litigios en esta sede- radicales variaciones de los términos y condiciones regulatorias que las empresas tuvieron en consideración para decidir esas inversiones.

5.7.- El monto de las boletas de garantía como requisito que podría dificultar la participación de postulantes y reducir la intensidad competitiva en los Concursos Públicos 5G.	48
6.- Procedencia y objeto de la consulta.....	50

1.- Los Concursos Públicos 5G.

Los Concursos Públicos 5G, cuyas bases son objeto de esta consulta, son los siguientes:

- (i) Concurso que tiene por objeto otorgar una concesión que instale, opere y explote una red inalámbrica de alta velocidad (tecnología LTE avanzado Pro, 5G o superior) en una porción de espectro radioeléctrico de 20 MHz comprendida en las bandas de frecuencia 703-713 MHz y 758-768 MHz ("Concurso de la Banda 700"), cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1365 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1882 y N°1956 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente;
- (ii) Concurso que tiene por objeto otorgar una concesión que instale, opere y explote una red inalámbrica de alta velocidad (tecnología LTE avanzado Pro, 5G o superior) en una porción de espectro radioeléctrico de 30 MHz comprendida en las bandas de frecuencia 1.755-1.770 MHz y 2.155-2.170 MHz ("Concurso de la Banda AWS"), cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1366 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1883 y N°1958 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente;
- (iii) Concurso que tiene por objeto otorgar concesiones que instalen, operen y exploten una red inalámbrica de alta velocidad (tecnología exclusivamente 5G o superior) en una porción de espectro radioeléctrico de 150 MHz (divididos en 15 bloques de 10 MHz) comprendida en las bandas de frecuencia 3,30 - 3,40 GHz y 3,60 - 3,65 GHz ("Concurso de la Banda 3.5"), cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1367 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1884 y N°1957 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente; y,
- (iv) Concurso que tiene por objeto otorgar concesiones que instalen, operen y exploten una red inalámbrica de alta velocidad (tecnología exclusivamente 5G o superior) en una porción de espectro radioeléctrico de 1600 MHz (divididos en 4 bloques de 400 MHz) comprendida en las bandas de frecuencia 25,90 - 27,50 GHz ("Concurso de

la Banda 26”), cuyas bases fueron aprobadas por Resolución Exenta N°1368 de Subtel, de 14 de agosto de 2020, las que posteriormente fueron modificadas por Resoluciones Exentas N°1885 y N°1959 de Subtel, dictadas el 13 y 20 de octubre de 2020, respectivamente.

El objetivo de política pública subyacente a la disponibilización y asignación de espectro radioeléctrico en estos concursos, es que Chile sea un país pionero en América Latina en el despliegue de la Tecnología 5G¹⁷, toda vez que, en palabras de Subtel, su implementación oportuna “(...) ofrece la posibilidad de desarrollar aplicaciones y productos innovadores en diversos campos de la economía, así como también mejorar la experiencia del usuario que demanda servicios de conectividad digital de alta calidad”¹⁸.

2.- El Informe de Factibilidad evacuado por Subtel de manera previa al llamado a los Concursos Públicos 5G.

La sentencia de la Excm. Corte Suprema que fijó los *Caps* Vigentes, además, impuso una serie de medidas complementarias o adicionales que deben ser cumplidas con motivo de la implementación dichos límites.

Entre tales medidas es destacable, para los efectos de esta consulta, la orden de que, “[a]ntes 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”¹⁹.

Pues bien, entre el primer (01/08/2020) y segundo llamado (17/08/2020) a los Concursos Públicos 5G, por Resolución Exenta N°1331 de 11 de agosto de 2020, Subtel emitió el informe que contiene el análisis ordenado por el máximo tribunal referido precedentemente (“Informe de Factibilidad”).

Grosso modo, con independencia de la aplicación de los *Caps* Vigentes, el Informe de Factibilidad estableció lo siguiente respecto de los Concursos Públicos 5G:

¹⁷ Véase: EL PULSO, “Con presencia Huawei, Piñera dice que Chile será "pionero en la implementación de la 5G"”, disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/presencia-huawei-pinera-dice-chile-sera-pionero-la-implementacion-la-5g/673451/>

¹⁸ Véase la consideración segunda de las Resoluciones Exentas N°1365, 1366, 1367 y 1368 de Subtel, de fecha 14 de agosto de 2020.

¹⁹ Excm. Corte Suprema; Sentencia de 20 de julio de 2020, románico I, letra B), letra e) de la parte dispositiva.

- (i) Concurso de la Banda 700: el informe considera²⁰ que las actuales asignatarias en esta banda de frecuencia, Entel²¹ (30 MHz), Claro²² (20 MHz) y Movistar (20 MHz) pueden participar en este concurso, toda vez que (i) utilizan dicha banda con equipos que no permiten operar con tecnología LTE *Advanced* Pro y 5G; (ii) el reemplazo de dichos equipos no es factible en el corto o mediano plazo, ya que esta banda es la que ha tenido un mayor crecimiento en los últimos años en términos de capacidad y se prevé que ello va a aumentar en el futuro; y, (iii) aún no existe el desarrollo tecnológico que permita implementar la Tecnología 5G en otras bandas ya asignadas a dichos operadores que califiquen dentro de la denominada macrobanda baja²³.
- (ii) Concurso de la Banda AWS: el informe considera²⁴ que, de las actuales asignatarias en esta banda de frecuencia, WOM²⁵ (60 MHz) y VTR²⁶ (30 MHz), sólo WOM puede participar en este concurso, toda vez que: (i) VTR hace una explotación muy baja de la banda que tiene asignada en AWS, por lo que cuenta con espectro suficiente como para implementar las tecnologías LTE *Advanced* Pro y 5G; y, (ii) en cambio, sin poseer derechos de uso en ninguna otra banda para prestar servicios móviles, WOM ha experimentado un aumento de tráfico en la utilización de la Banda AWS y se prevé que dicha tendencia se mantenga en el futuro.

En lo que se refiere a Entel, Claro y Movistar, las que son asignatarias de otras bandas de frecuencia que califican dentro de la denominada macrobanda media-baja, Subtel considera que también pueden participar en el concurso, toda vez que actualmente las utilizan intensamente para prestar servicios LTE y se prevé que en el futuro esta tendencia aumente.

- (iii) Concurso Banda 3.5: el informe considera²⁷ que la totalidad de los actuales asignatarios en esta banda de frecuencia pueden participar en este concurso, pues (i) en el caso de WOM y Movistar, no cuentan con concesiones en esta banda de

²⁰ Informe de Factibilidad; p. 7.

²¹ En lo sucesivo, cuando se mencione a "Entel", se hará referencia al grupo empresarial que bajo ese nombre participa en diversos mercados de las telecomunicaciones en el país, por medio de diversas personas jurídicas, lo que incluye Entel Telefonía Local S.A. (adjudicataria de la Banda 3.5 GHz) y Entel PCS Telecomunicaciones S.A. (que participa como OMR en la industria de las comunicaciones móviles).

²² En lo sucesivo, cuando se mencione a "Claro", se hará referencia al grupo empresarial que bajo ese nombre participa en diversos mercados de las telecomunicaciones en el país, por medio de diversas personas jurídicas, lo que incluye Claro Comunicaciones S.A. (adjudicataria de la Banda 3.5 GHz y Claro Chile S.A. (que participa como OMR en la industria de las comunicaciones móviles).

²³ El Informe de Factibilidad erróneamente se refiere a la macrobanda media-baja. Véase Informe de Factibilidad; p. 8

²⁴ Ibid.; p. 8.

²⁵ En lo sucesivo cuando se mencione a "WOM", se hará referencia al grupo empresarial que bajo ese nombre participa en diversos mercados de las telecomunicaciones en el país.

²⁶ En lo sucesivo cuando se mencione a "VTR", se hará referencia al grupo empresarial que bajo ese nombre participa en diversos mercados de las telecomunicaciones en el país, por medio de diversas personas jurídicas, lo que incluye VTR Comunicaciones SpA (adjudicataria de la Banda 3.5 GHz y que participa en la industria de las comunicaciones móviles).

²⁷ Informe de Factibilidad; p. 9.

frecuencias²⁸; (ii) en el caso de Telefónica del Sur²⁹ (“CNT”), sólo cuenta con concesiones en dos regiones del país; (iii) en el caso de VTR, si bien cuenta con concesiones con cobertura desde Arica y Parinacota hasta la Araucanía, no comprenden todo el país. Ahora bien, dado que VTR le da un uso muy bajo a esta banda, Subtel le exige “comprometer un plan de uso efectivo y eficiente para todas sus bandas de frecuencias”³⁰; (iv) en el caso de Claro, si bien cuenta con 50 MHz concesionados en esta banda para servicios fijos inalámbricos que se encuentran **en fase inicial de explotación, 20 MHz de ellos se encuentran “congelados”³¹ y la utilización de los 30 MHz restantes para la Tecnología 5G podría ir en desmedro de los clientes de esa banda. Además, existiría consenso de que se requiere, por lo menos, 80 MHz para desarrollar tal tecnología³²**; y, (v) en el caso de Entel, si bien cuenta con 100 MHz concesionados en esta banda para servicios fijos inalámbricos que en el último año han alcanzado aproximadamente 140.000 conexiones, **50 MHz de ellos se encuentran “congelados” y la utilización de los 50 MHz restantes para la Tecnología 5G podría ir en desmedro de los referidos clientes de dicha banda³³**; y,

- (iv) Concurso de la Banda 26: Subtel considera que todos los operadores pueden participar en el concurso, toda vez que ninguno de ellos tiene espectro asignado en esta banda, ni en ninguna banda categorizada bajo la denominación de macrobanda alta.

Cabe hacer presente que el Informe de Factibilidad fue objeto de un recurso de reposición administrativo interpuesto por Movistar y, en subsidio, de un recurso jerárquico.

En síntesis, en lo que concierne a esta consulta, el referido recurso alega que el Informe de Factibilidad (i) al contrario de lo establecido por el H. Tribunal en la Resolución N°62/2020³⁴, se fundamenta en la errada premisa de que las actuales concesiones en la Banda 3.5 GHz -

²⁸ Si bien se señala que Movistar cuenta con una concesión de 50 MHz para las Regiones de Aysén y Magallanes, se hace presente que ella fue renunciada en cumplimiento de la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 25 de junio de 2018. Por su parte, en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 2020, se publicó el Decreto N°341 de 2020, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que certifica la extinción de dichas concesiones. Ver, en este sentido, Oficio ORD. N°15435 / DJ N°355 / de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, acompañado a fojas 1237 y siguientes, cuaderno incidental, en causa Rol C-275-2014, ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

²⁹ En lo sucesivo, cuando se mencione a “Telefónica del Sur” o “Telsur” se hará referencia al grupo empresarial que bajo ese nombre participa en diversos mercados de las telecomunicaciones en el país.

³⁰ En realidad, ello no difiere del Plan de Uso Efectivo impuesto por la Excma. Corte Suprema en lo dispositivo de la Sentencia de 20 de julio de 2020, románico I, letra B), letra d).

³¹ En adelante nos referiremos a “congelados” a aquella parte del espectro que se encuentra con prohibición de nuevas autorizaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, ni recepciones de obra, ni se autorizarán modificaciones para las autorizaciones ya existentes, según lo dispuesto en resolución exenta N°1289, de 19 de junio de 2018 y resolución exenta N°1953, de 28 de septiembre de 2018, ambas de Subtel.

³² Asimismo, 20 MHz fueron devueltos en cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 25 de junio de 2018.

³³ Asimismo, 20 MHz fueron devueltos en cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 25 de junio de 2018.

³⁴ Véanse: párrafos 147 a 150 y resuelvo 2° de la Resolución N°62/2020.

otorgadas hace muchos años para prestar el servicio público telefónico local inalámbrico (hoy servicio público telefónico fijo inalámbrico)- permiten a Claro y Entel prestar servicios móviles tras una “simple autorización”, cuya tramitación es sumamente breve (tres a cuatro meses); (ii) no toma en consideración el espectro asignado a Claro y Entel que se encuentra “congelado” en virtud de la Resolución Exenta N°1289 de 19 de junio de 2018 y Resolución Exenta N°1.953 de 28 de septiembre de 2018, pese a que dejará de estar indisponibilizado tras la realización del Concurso de la Banda 3.5; y, (iii) es sumamente benevolente con Claro y Entel al concluir que dichas operadoras están utilizando, “en su fase inicial” la Banda 3.5 GHz para servicios fijos inalámbricos, en especial si consideramos que las concesiones fueron otorgadas hace muchísimos años y que a VTR no se le aplica igual criterio respecto de la banda AWS³⁵.

La reposición administrativa fue rechazada por parte de Subtel³⁶, y, a la fecha de presentación de esta consulta, se encuentra pendiente de resolución el recurso jerárquico.

Por cierto, el Informe de Factibilidad incide directamente en el diseño de las Bases 5G y forma parte integrante de las mismas³⁷, así como en el desarrollo y resultado de los respectivos concursos.

En este sentido, no deja de ser llamativo que un acto tan relevante ordenado en esta sede jurisdiccional previo a la realización de un concurso para la asignación de espectro radioeléctrico, **haya sido emitido y dado a conocer por Subtel después del primer llamado a los Concursos Públicos 5G, sin que los distintos actores de la industria tuviesen siquiera la oportunidad de formular comentarios a su respecto.**

3.- Las Bases 5G.

Conforme a las Bases 5G³⁸, el objeto de los concursos es otorgar, en las bandas de frecuencias respectivas, y según la solicitud del postulante, concesiones de (a) servicio público de telecomunicaciones, en los términos del artículo 3 letra b) de la LGT; o bien, (b) servicio intermedio de telecomunicaciones prestado por terceros, a través de instalaciones y redes,

³⁵ En este sentido, el Informe de Factibilidad señala que VTR tiene 287.602 clientes en los 30 MHz correspondientes a la concesión de la que es titular en la Banda AWS y, dado que está “realizando una explotación muy baja de la banda”, concluye que “VTR no se encuentra habilitado para participar en el próximo concurso en la banda de AWS, toda vez que no resulta pertinente o justificada su eventual decisión de obtener más espectro radioeléctrico”, mientras que al analizar el caso de Entel, a pesar de considerar que dicho operador tiene solo 140.000 abonados a los servicios fijos inalámbricos que presta, utilizando 50 MHz de la Banda 3.5 GHz, el Informe no aplica el mismo criterio de “explotación muy baja” que utilizó en el caso de VTR, permitiéndole a Entel concursar por más espectro en 3.5 GHz.

³⁶ Los argumentos de Subtel son deficientes, toda vez que (i) omite referirse a la solicitud de cambio de concesión para prestar servicios distintos a los concesionados, centrando la discusión en el concurso anterior que se asignó espectro de la Banda 3.5, y; (ii) se excusa en que no tiene facultades para proyectar situaciones jurídicas futuras, lo que la imposibilita referirse a el espectro que actualmente se encuentra “congelado”, cuando fue ella misma la que dictó aquella resolución y está en conocimientos de los efectos de esta y de que asignados el Concurso en la Banda 3.5 esté se “descongelará”.

³⁷ En efecto, es invocada en los respectivos considerandos 6° de las bases de los Concursos Públicos 5G.

³⁸ Artículo 12 de las bases del Concurso de la Banda 700, del Concurso de la Banda AWS y del Concurso de la Banda 3.5.

destinados a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general.

Lo anterior, a excepción del Concurso de la Banda 26, el que sólo tiene por objeto otorgar concesiones de servicio público de telecomunicaciones³⁹.

Tal como explicó Subtel en la etapa de consultas de las Bases 5G, al otorgar una concesión de servicio público de telecomunicaciones, el “tipo de servicio” de la concesión -para los efectos del artículo 14 de la LGT- será lisa y llanamente el de “servicio público”, por lo que el concesionario estará habilitado para ofrecer todas aquellas prestaciones comprendidas en su proyecto técnico, cualquiera sea su naturaleza (*e.g.* servicios fijos y móviles)⁴⁰.

En lo que se refiere al número de concesiones, tanto el Concurso de la Banda 700 como el Concurso de la Banda AWS tienen por objeto **otorgar una concesión**, las que utilizarán porciones de espectro radioeléctrico de 20 MHz y 30 MHz, respectivamente⁴¹. El Concurso Banda 26, por su parte, otorgará cuatro concesiones para cada una de las comunas respectivas que los solicitantes se comprometen a cubrir, las que utilizarán porciones de 400 MHz cada una⁴².

El caso del Concurso Banda 3.5 difiere de los anteriores, ya que no está predefinido el número de concesiones a otorgar. En efecto, si bien las Bases exigen que el proyecto técnico debe considerar la utilización de un ancho de banda mínimo de 40 MHz⁴³, la porción de espectro objeto del concurso (150 MHz) **está dividido en quince bloques de 10 MHz y, en el eventual proceso de licitación que dirima un empate entre los concursantes, será posible realizar ofertas por una cantidad menor o igual de bloques a la indicada en el proyecto técnico**⁴⁴.

Así, al menos en teoría, podría suceder que, como resultado de este concurso, se otorguen quince concesiones que utilicen 10 MHz⁴⁵.

En otro orden de cosas, el Concurso de la Banda 3.5 y el Concurso de la Banda 26 exigen que el servicio de telecomunicaciones concesionado opere una red inalámbrica de alta velocidad “5G o superior” (tecnología NR⁴⁶ que permita una experiencia de usuario, al menos, 5G-NSA⁴⁷),

³⁹ Artículo 12 de las bases del Concurso de la Banda 26.

⁴⁰ Véanse en este sentido: Respuestas Consultas Banda 700, Preguntas N° 39, 40, 41 y 44; Respuestas Consultas Banda AWS, Preguntas N° 34, 36 y 37; Respuestas Consultas Banda 3.5, Respuestas N°60 y 63; y, Respuestas Consultas Banda 26”), Respuestas N° 54 y 56.

⁴¹ Conforme al artículo 1° de las bases respectivas.

⁴² Ibid.

⁴³ Bases del Concurso de la Banda 3.5, artículo 42.

⁴⁴ Bases del Concurso de la Banda 3.5, artículo 32.

⁴⁵ Para ello debiese haber 15 postulantes ganadores de un bloque de 10 MHz.

⁴⁶ En sus siglas en inglés, *New Radio*.

⁴⁷ En sus siglas en inglés, *5G non stand alone*.

según los lineamientos impartidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones⁴⁸. Los otros dos concursos, en cambio, sólo exigen que el servicio de telecomunicaciones concesionado opere una red inalámbrica de alta velocidad LTE *Advanced* Pro + 5G o superior⁴⁹.

Para la asignación de los Concursos Públicos 5G se constituirá una comisión evaluadora encargada de realizar la apertura de las propuestas, así como de analizar y evaluar los antecedentes administrativos y técnicos que acompañe cada uno de los postulantes⁵⁰.

Así, en conformidad al artículo 13 C inciso segundo de la LGT y en su Reglamento⁵¹, la adjudicación en principio se realizará a través de un *beauty contest* a través del cual se otorgará las concesiones a los postulantes que, habiendo cumplido cabalmente con las bases respectivas, obtengan el mayor puntaje en la evaluación de los proyectos técnicos. En efecto, tal como señalan las Bases 5G, se busca premiar las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio, por el tiempo de despliegue de la red, la población beneficiada y la cobertura mínima comunal comprometida⁵².

En específico, para evaluar los proyectos técnicos, cada uno de los concursos dispone una cobertura complementaria en polígonos georreferenciados que corresponden a puntos de interés académico, social, científico o productivo⁵³.

Además, para el caso específico del Concurso Banda 700, recientemente se incorporó la obligación de cobertura de localidades obligatorias⁵⁴.

Para todos los concursos⁵⁵, según los puntajes asignados por la Comisión Evaluadora, ésta elaborará el siguiente ranking: (i) en el primer lugar, se ubica el postulante que haya obtenido el mayor puntaje, y todos los demás postulantes que difieran en hasta cuatro puntos respecto de él; (ii) en el segundo lugar, se ubicará al postulante de mayor puntaje que no fue incluido en el grupo anterior, y todos los demás postulantes que difieran en hasta cuatro puntos respecto de él; y, (iii) en el tercer lugar, se ubicará a los restantes postulantes con derecho a asignación

Luego, debemos distinguir por concurso para establecer cómo se determina al ganador.

⁴⁸ Bases del Concurso de la Banda 3.5 y del Concurso de la Banda 26, en sus respectivos artículos 42, letra c, segundo párrafo.

⁴⁹ En todo caso, para acotadas zonas y con posibilidad de prorrogar tal obligación, se exige tecnología NR que permita una experiencia de usuario, al menos, 5G-NSA. Ver artículos 42, letra c de las bases del Concurso de la Banda 700 y del Concurso de la Banda AWS.

⁵⁰ Artículos 19 y 20 de las bases de los Concursos Públicos 5G.

⁵¹ Decreto Supremo N°412 de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

⁵² Artículo 2° de las bases de los Concursos Públicos 5G.

⁵³ Artículos 27 y 44 de las bases del Concurso de la Banda 700, del Concurso de la Banda AWS y del Concurso de la Banda 3.5, y artículos 15, 42 y 43 de las bases del Concurso de la Banda 26.

⁵⁴ Por resolución exenta N°1882 de 2020 que incorporó el artículo 44 bis a las bases del Concurso de la Banda 700.

⁵⁵ Véase artículo 27, numeral 4, de las Bases de los Concursos 5G.

- (i) Concurso de la Banda 700 y Concurso de la Banda AWS. Obviamente, por tratarse de una sola concesión (y un bloque de espectro), el que termine en primer lugar será el ganador del concurso⁵⁶. En caso de empate en el primer lugar, se llamará a licitación cuya modalidad será a sobre cerrado y a una sola oferta. La mayor oferta económica será la ganadora y, en caso de empate, se realizará un nuevo proceso licitatorio en que la oferta deberá ser igual o mayor que la anterior⁵⁷.
- (ii) Concurso de la Banda 26. En este caso, por tratarse de cuatro concesiones a otorgar en las comunas respectivas, se asignarán directamente las concesiones a los postulantes que terminen en el primer lugar del ranking si su número es igual o menor a cuatro y aquellos cumplen con los requisitos mínimos. Si ese número fuese superior a cinco, se procederá a realizar un proceso de licitación, en los términos descritos precedentemente⁵⁸.

Por su parte, si hay más postulantes que bloques de frecuencias, éstos se asignarán en función del ranking. Si se produce empate en el segundo lugar o tercer lugar del ranking y la cantidad de bloques es menor a la cantidad de bloques solicitados, entonces se procederá a realizar una licitación⁵⁹.

En cuanto a la distribución de los bloques de espectro, el postulante que se adjudique más comunas tendrá la opción de elegir la ubicación del bloque. En caso de empate, tendrá preferencia el que haya ofertado más en todas las comunas adjudicadas y, si persiste el empate, se dirimirá por sorteo.

- (iii) Concurso de la Banda 3.5. En este caso, para que las concesiones y bloques puedan ser asignados directamente a los postulantes del primer lugar del ranking, se requiere que la cantidad de bloques solicitados por los postulantes (mínimo 40 MHz, según se señaló *supra*): (a) sea menor o igual a los 15 bloques de 10 MHz disponibles en el concurso; (b) lo solicitado en la banda 3,30 – 3,40 GHz sea menor o igual que los 10 bloques disponibles en dicha banda; y, (c) lo solicitado en la banda 3,60 – 3,65 GHz sea menor o igual que los 5 bloques disponibles en dicha banda. De quedar bloques disponibles, podrán ser asignados a los postulantes que se encuentren en lugares inferiores del ranking⁶⁰.

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

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

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

⁵⁹ Artículo 27, numeral 5, inciso final, de las bases del Concurso de la Banda 26.

⁶⁰ Artículos 27 y 28 Bases del Concurso Banda 3.5.

De no cumplirse estas condiciones, se iniciará un proceso de licitación bajo una **metodología combinatorial de primer precio a sobre cerrado**, entre aquellos postulantes que se encuentran en el mismo lugar del ranking. Así, (a) cada postulante podrá formular un **número ilimitado de ofertas** económicas indivisibles por **paquetes de bloques de frecuencia** (en la banda 3,30 – 3,40 GHz y en la banda 3,60 – 3,65 GHz) **iguales o inferiores a los contemplados en su proyecto técnico**; y, (b) la asignación del concurso recaerá en la combinación de ofertas que maximice la recaudación fiscal mediante la combinación de ofertas únicas de los concursantes.

En caso de empate (dos combinaciones óptimas), se seleccionará la combinación que distribuya el espectro entre más competidores y genere menores diferencias entre ellos. Si el empate continúa, se realizará un nuevo proceso de licitación entre los postulantes empatados.

Como puede observarse, a pesar de que los Concursos Públicos 5G se realizan de manera simultánea y persiguen un objetivo de política pública común, se trata de procesos administrativos completamente independientes que no se interrelacionan entre sí.

La única excepción es el Concurso de la Banda 3.5, pues, tras una modificación de sus bases, permite al postulante que se adjudique el concurso desistirse del mismo en caso de no adjudicarse al mismo tiempo el Concurso de la Banda 700 o el Concurso de la Banda AWS⁶¹.

El inicio de las postulaciones a los Concursos Públicos 5G está previsto para el próximo 12 de noviembre, el cierre de las postulaciones para el día 18 de noviembre y la apertura de las propuestas para el 19 de noviembre.

4.- Mercados en que inciden las Bases de licitación de los Concursos Públicos 5G.

Tal como ha señalado el H. Tribunal, para determinar el mercado relevante involucrado en una licitación o concurso público, es necesario distinguir si el órgano del Estado en cuestión actúa como agente económico -esto es, demandante de bienes y servicios- o bien, “como un ente que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un periodo de tiempo”⁶².

⁶¹ Artículo 26 de las bases del Concurso de la Banda 3.5.

⁶² H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”); Sentencia 169/2019, considerando 3° y Sentencia 138/2014, considerando 10°.

En el primer caso, el mercado relevante será aquel en que inciden los bienes o servicios licitados o concursados, mientras que, en el segundo, el mercado relevante será la misma licitación o concurso⁶³.

En la especie nos encontramos en la segunda hipótesis, toda vez que Subtel asignará espectro radioeléctrico, un recurso escaso.

Por tanto, los mercados relevantes afectados por los hechos que son objeto de esta consulta están constituidos por cada uno de los Concursos Públicos 5G y, conforme a la jurisprudencia de este H. Tribunal, es necesario que las bases respectivas aseguren condiciones mínimas de rivalidad, que se traducen en impedir que el actuar de la autoridad “(i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) **limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases**”⁶⁴.

Ahora bien, dado que los Concursos Públicos 5G no otorgan un monopolio, pues están diseñados -o al menos, debiesen estar diseñados⁶⁵- para generar *competencia en redes* entre cuatro operadores creíbles, el análisis de los mercados relevantes no sólo debe estar centrado en la competencia *por la cancha* (es decir, en el proceso licitatorio), sino además **el actuar de la autoridad no puede limitar injustificadamente la competencia en la cancha**, esto es, una vez que el espectro sea asignado por Subtel y la Tecnología 5G comience a ser desarrollada.

Así lo entendió el H. Tribunal al resolver la consulta de Subtel sobre los *caps* de espectro radioeléctrico⁶⁶.

En consecuencia, el análisis objeto de la Consulta no sólo puede centrarse en la deseable rivalidad que debe existir en los respectivos concursos, sino también en las condiciones de competencia (*en la cancha*) que existirán con posterioridad a la asignación de espectro en el mercado relevante de las telecomunicaciones móviles (en su nivel mayorista y minorista).

Pues bien, el H. Tribunal ha tenido la oportunidad de analizar detenidamente el mercado de las telecomunicaciones móviles en procesos recientes (sentencias N°153/2016, N°154/2016, N°156/2017 y N°158/2017; y resoluciones N°59/2019 y N°62/2020).

⁶³ TDLC; Sentencia 169/2019, considerando 3°, citando los considerandos 27° y siguientes de la Sentencia 114/2011 y el considerando 10° de la Sentencia 138/2014

⁶⁴ TDLC; Sentencia 138/2014, considerando 17° y Resolución 60/2019, considerando 23.

⁶⁵ Excma. Corte Suprema; sentencia de fecha 13 de julio de 2020; autos rol 181-2020; considerando 15°.

⁶⁶ Resolución N°59/2019, párrafo 160.

En síntesis, ha concluido que (i) las telecomunicaciones móviles, hoy en día, comprenden la telefonía, transmisión de datos y mensajería, por lo que no es necesario distinguir entre tales servicios para definir el mercado relevante⁶⁷; (ii) estos servicios se prestan en el contexto de distintas generaciones tecnológicas que se van reemplazando rápidamente⁶⁸; (iii) se distingue un mercado relevante mayorista o “aguas arriba”, en el que participan como oferentes los operadores móviles con derechos de uso del espectro radioeléctrico y red o infraestructura de transmisión (“OMR”), los cuales transan servicios al por mayor y capacidades de transmisión a operadores móviles virtuales (“OMV”) u otros operadores a través de servicios de *roaming*; y, (v) se distingue un mercado minorista o “aguas abajo” en que los oferentes son los OMR y los OMV que prestan servicios de telecomunicaciones que se destacan por su movilidad y ubicuidad⁶⁹, es decir, servicios públicos de telefonía móvil y transmisión de datos móviles (incluyéndose ahora, en virtud de la futura Tecnología 5G, los servicios de internet de las cosas⁷⁰).

En lo que se refiere al **mercado mayorista**, siguiendo el razonamiento de la Resolución N°59/2019⁷¹, una manera de evaluar la participación de mercado es analizar la tenencia de espectro radioeléctrico actual:

Tabla N°1
Espectro Radioeléctrico Asignado por Macrobanda

Macrobanda	Banda	Entel	Movistar	Claro	WOM	VTR	CNT
Baja	700 MHz	30	20	20			
	850 MHz		25	25			
	900 MHz	10					
Media Baja	1.9 GHz	60	20	30			
	AWS				60	30	
	2.6 GHz	40	40	40			
Media	3.5 GHz	80		30		50	50
Media Alta	-	-	-	-	-	-	-
Alta	-	-	-	-	-	-	-
	TOTAL	220	105	145	60	50*	50**

Nota: Toma en consideración espectro devuelto en virtud de sentencia de la Excma. Corte Suprema de 25 de junio de 2018.

* Concesión Regional desde región de Arica y Parinacota hasta región de la Araucanía

** Concesión Regional en la región de los Lagos y región de los Ríos.

Fuente: Elaboración Propia.

Otra opción para determinar la participación en el mercado aguas arriba, siempre según la Resolución N°59/2019, es considerar número de antenas con el que cuenta cada OMR:

⁶⁷ Ibid., párrafo 101 y Resolución N°62/2020, párrafo 127.

⁶⁸ TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 97.

⁶⁹ Ibid.; párrafo 111.

⁷⁰ TDLC; Resolución N°59/2019, P. 102 y Resolución N°62/2020, párrafo 130.

⁷¹ TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 106.

Tabla N°2

Participaciones de mercado según número de antenas por tipo de tecnología a enero de 2017				
Tecnología	Claro	Entel	Movistar	WOM
2G	[20-40]%	[30-50]%	[20-40]%	0%
3G	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%	[0-20]%
4G	[10-30]%	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%
INDOOR	[0-20]%	[40-60]%	[10-30]%	[0-20]%
Total	[10-30]%	[20-40]%	[20-40]%	[0-20]%

Nota: No toma en consideración despliegue de red de los asignatarios de la Banda 3.5 GHz para prestar servicios de internet inalámbrico y que, eventualmente, podría ser utilizado para prestar servicios móviles bajo Tecnología 5G.

Fuente: Resolución N°59/2019.

Como es posible advertir, si se observan los cuatro OMR que efectivamente utilizan su capacidad espectral, existe una evidente asimetría en cuanto a la tenencia de espectro radioeléctrico.

Así, por ejemplo, es posible advertir que Entel tiene más del doble de espectro asignado que mi representada. Inclusive, si descontamos el espectro asignado en la Banda 3.5 GHz -el que únicamente puede ser utilizado para prestar servicios de telefonía fija inalámbrica- la diferencia entre Entel y Movistar sigue siendo sustancial (más de un 30%).

Precisamente, ante este tipo de asimetrías se establecen *caps* de espectro. En efecto, al tratarse de un recurso escaso, que influye en los costos de proveer servicios móviles y respecto del cual es plausible el comportamiento estratégico de los OMR, es común que las autoridades de competencia o los reguladores sectoriales impongan límites máximos de tenencia.

Fue ese precisamente el fundamento del H. Tribunal dictar la Resolución N°59/2019 en el marco del *Caso Caps*:

“75. Como se puede apreciar, evitar el acaparamiento de espectro radioeléctrico en manos de uno o más operadores móviles es uno de los objetivos centrales de la política de límites al uso del mismo por parte de Subtel, dado que se prevendrían, por un lado, eventuales problemas de competencia derivados de actos exclusorios y, por otro, se intensificaría la competencia al incentivarse su uso efectivo y eficiente, lo que se traduciría en servicios móviles de mejor calidad y precio para los consumidores.

76. En suma, de los antecedentes expuestos se puede concluir que, de acuerdo con Subtel, los límites de tenencia de uso de espectro radioeléctrico que en definitiva se impongan deben (i) promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones móviles; (ii) incentivar su uso efectivo y eficiente; y (iii) ser fijados en términos tales que permitan la adaptación oportuna a los cambios tecnológicos que se produzcan en el sector”⁷².

En el referido proceso -en el que Entel se opuso a que se establecieran *caps* y alegó la inexistencia de asimetría en la tenencia de espectro⁷³-, la Excm. Corte Suprema confirmó la decisión del H. Tribunal de establecer límites máximos porcentuales, sin perjuicio de haber (i) reducido el *cap* de la macrobanda baja; (ii) eliminado la progresividad en la aplicación de los *caps* respecto de las macrobandas media y alta; y, (iii) dictado medidas complementarias⁷⁴.

Así, en la actualidad los *Caps* Vigentes son los siguientes:

Tabla N°3
***Caps* Vigentes**

Macrobandas	Rango de frecuencia
Bajas	32% por operador
Medias bajas	30% por operador
Medias	30% por operador
Medias Altas	Sin límite
Altas	25% por operador

Fuente: Elaboración propia.

Luego, respecto del **mercado minorista**, el H. Tribunal ha destacado los relevantes cambios regulatorios que han removido barreras de entrada⁷⁵ y dinamizado la industria.

Así, durante la última década, han disminuido considerablemente los índices de concentración y, en particular, destaca el ingreso de un cuarto operador real (WOM), el que, muy rápidamente, alcanzó una importante participación de mercado.

⁷² TDLC; Resolución N°59/2019, párrafos 75 y 76.

⁷³ Escrito Aporta Antecedentes Entel, a fojas 1308 *Caso Caps*.

⁷⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 13 de julio de 2020; autos rol 181-2020.

⁷⁵(i) Ley 20599, regula la instalación de antenas emisoras y transmisoras de servicios de telecomunicaciones; (ii) Decreto Supremo N°99/2012 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, por medio de la cual, se introdujo la figura de concesionarios de servicios intermedios con objeto exclusivo consistente en la provisión de infraestructura para telecomunicaciones, se amplió la oferta de la infraestructura móvil; (iii) Ley N°20.471 crea organismo implementador para la portabilidad numérica y sus regulaciones complementarias (Decreto Supremo N° 379/2010 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; (iv) La obligación de no discriminar entre las tarifas on-net y off-net, establecida en la Instrucción de Carácter General N°2 de este H. Tribunal, modificada por la Instrucción General N°4, así como la implementación de una nueva política de cargos de acceso.

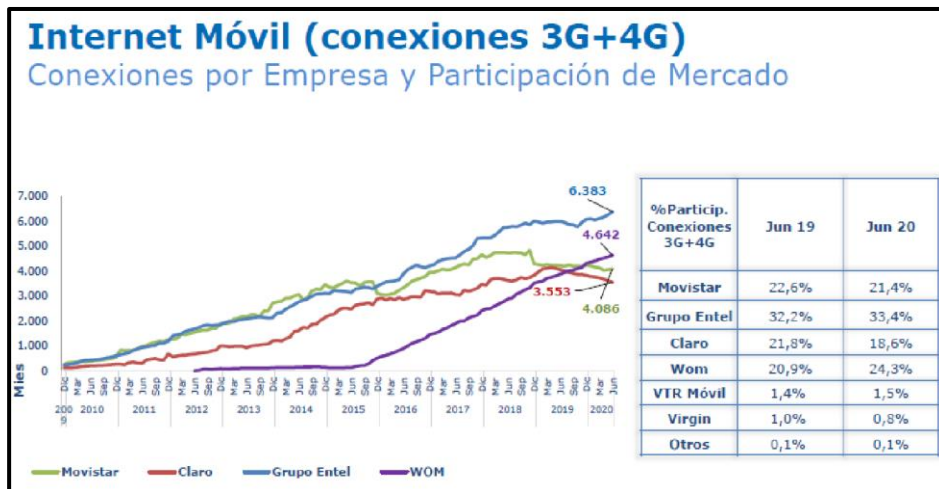
Tabla N°4
Participaciones de mercado telefonía móvil -diciembre de 2019 hasta junio de 2020- por número de abonados

Año	Claro (%)	ENTE L (%)	Movistar (%)	WOM (%)	Virgin (%)	VTR (%)	Otros (%)	HHI
2009	19,61	38,29	42,02	0,08	0,00	0,00	0,00	3616
2010	22,49	36,42	40,95	0,14	0,00	0,00	0,00	3509
2011	23,14	37,44	39,24	0,17	0,00	0,00	0,01	3477
2012	24,24	36,68	37,82	0,47	0,43	0,33	0,04	3364
2013	21,78	37,50	38,49	0,96	0,70	0,30	0,27	3364
2014	22,72	35,62	38,31	1,43	0,97	0,45	0,51	3256
2015	23,20	34,95	36,60	2,89	1,29	0,57	0,50	3110
2016	25,50	32,89	32,17	6,69	1,51	0,70	0,54	2815
2017	24,82	31,77	30,14	10,91	1,02	0,92	0,41	2655
2018	24,00	31,08	28,09	14,86	0,86	0,99	0,11	2554
2019	23,03	30,55	25,36	18,99	0,79	1,17	0,11	2469
2020	22,02	30,65	25,32	19,98	0,75	1,20	0,09	2467

Fuente: Subtel⁷⁶

Además, si tomamos en consideración las conexiones de internet móvil de última generación (3G+4G y, en especial las de 4G), la participación de mercado de WOM ya supera a Movistar y Claro, transformándose en el segundo actor en el mercado minorista.

Ilustración N°1

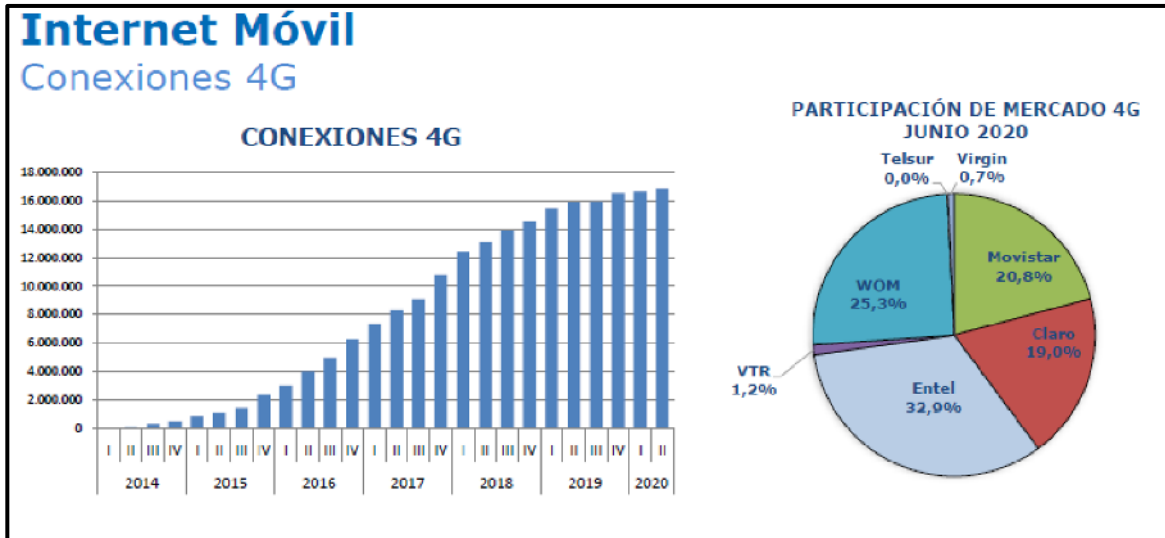


Fuente: Subtel⁷⁷

⁷⁶ Información disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/telefonía/>

⁷⁷ Disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/PPT_Series_MARZO_2020_V1.pdf, diapositiva 22.

Ilustración N°2



Fuente: Subtel⁷⁸

Así las cosas, en la actualidad el mercado minorista goza de un alto dinamismo, lo que se ejemplifica por el notable cambio de estructura sufrido durante la última década. Entonces, es sustancial que los concursos cuyo objeto es impulsar el desarrollo de una nueva generación tecnológica de telecomunicaciones móviles no disminuya -y en lo posible siga intensificando- la competencia en esta industria.

Por otro lado, si bien la penetración de los servicios de telecomunicaciones móviles se ha mantenido relativamente estable durante los últimos años⁷⁹, la rápida migración de los usuarios desde las tecnologías antiguas a las de nueva generación, así como la paulatina preeminencia de los planes de postpago por sobre de los planes de prepago⁸⁰, han aumentado sustancialmente el tráfico de voz y datos.

Esto último, en palabras del H. Tribunal, “produce un aumento, a tasa creciente, en la **demand** de uso de espectro”⁸¹.

Finalmente, es relevante destacar la **rapidez con la que los usuarios reemplazan las nuevas tecnologías**.

En efecto, la experiencia muestra que la velocidad con la cual una nueva generación tecnológica reemplaza a una generación previa es cada vez mayor. Así aconteció en nuestro país con la introducción de las tecnologías 2G, 3G y 4G, y la misma tendencia es esperable que acontezca con la Tecnología 5G.

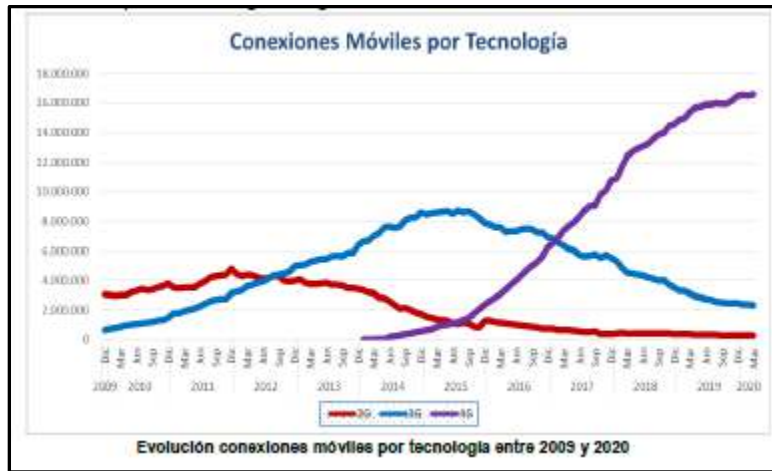
⁷⁸ Ibid. diapositiva 21.

⁷⁹ TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 112.

⁸⁰ Ibid., párrafo 113.

⁸¹ Ibid., párrafo 115.

Ilustración N°3: Conexiones Móviles por Tecnología



Fuente: Subtel⁸²

Atendido lo expuesto, es evidente que las bases de los Concursos Públicos 5G incidirán sustancialmente en los mercados relevantes precedentemente descritos, pues (i) modificarán la estructura del mercado mayorista desde el punto de vista de la tenencia espectral, como asimismo desde el punto de vista de la oportunidad y costos de desplegar las redes que permitan prestar servicios de telecomunicaciones móviles bajo Tecnología 5G; y, (ii) si bien la falta de *competencia en redes* no previene la *competencia en servicios*⁸³, una eventual suavización de la competencia aguas arriba igualmente perjudicará a los consumidores en cuanto a la innovación, calidad y precios de los servicios que se ofrecen en el mercado minorista.

En consecuencia, sin perjuicio de la facultad de Subtel de administrar el espectro radioeléctrico como bien de uso público⁸⁴, en el capítulo siguiente analizaremos los riesgos que Movistar identifica en el diseño de las bases de los Concursos Públicos 5G, los que podrían limitar grave e injustificadamente la competencia *por la cancha* (en los concursos mismos) y *en la cancha* (en el mercado de las telecomunicaciones móviles).

5.- Riesgos para la competencia que generarían las bases de los Concursos Públicos 5G.

De la revisión de las Bases 5G, Movistar es de la opinión de que existen una serie de aspectos que tendrían la aptitud para vulnerar la libre competencia, los que pueden ser mitigados sin que se vea obstaculizado el objetivo de política pública que persiguen los Concursos Públicos 5G.

⁸² Informe Factibilidad, página 3.

⁸³ Ya que existe la posibilidad de acceder a contratos de *roaming* y competir como operadores móviles virtuales.

⁸⁴ Decreto Ley N°1762 Crea la Subsecretaría de telecomunicaciones dependientes del Ministerio de Transportes y organiza la dirección superior de las telecomunicaciones del país, artículo 6, letra f).

5.1.- Riesgo de incumplimiento de los Caps Vigentes e incertidumbre acerca de su base de cálculo.

Como ya se adelantó, sin perjuicio de las medidas complementarias que también establece, la sentencia de la Excm. Corte Suprema que fija los Caps Vigentes únicamente modifica la Resolución N°59/2019 en cuanto reduce a 32% el límite máximo en la macrobanda baja y elimina la gradualidad en las macrobandas media y alta.

En lo restante, lo dispositivo de la Resolución N°59/2019 fue plenamente confirmada. Así, en particular, rige plenamente lo establecido en el resuelvo 171:

“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 de adjudicación de derechos de uso sobre 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”.

Como puede advertirse, esta es una medida transitoria aplicable a los OMR que actualmente exceden los Caps Vigentes, a los que se les impone, como requisito para participar en un futuro concurso, ajustarse al límite máximo de la macrobanda respectiva.

Como contrapartida, si ningún OMR se encuentra en tal situación, la norma transitoria evidentemente no se hace necesaria y rigen en su plenitud los Caps Vigentes.

Es del caso que las Bases de los Concursos Públicos 5G -salvo las Bases de la Banda 26, pues no existe espectro asignado previamente en la macrobanda alta-, disponen lo siguiente respecto de la resolución que adjudica el concurso:

“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 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”⁸⁵.

¿A qué se refieren las bases de los Concursos Públicos 5G al exigir un proyecto de ajuste del *Cap* Vigente con posterioridad a la adjudicación del concurso?

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.**

Y esta es la interpretación que Subtel dio a las Bases 5G en la etapa de consultas, al afirmar lo siguiente:

“Un postulante puede adjudicarse una concesión que lo sitúe por encima del *cap*, pero deberá ajustarse dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de dictación de la resolución de asignación”⁸⁶.

El problema de esta forma de aplicar los *Caps* Vigentes, desde un punto de vista de la competencia, es que con anterioridad a los concursos los postulantes sólo tienen información acerca del espectro asignado y el que será asignado en el marco de los concursos respectivos.

Entonces, es imposible para ellos saber si los demás postulantes, con posterioridad a la adjudicación de un concurso en que resulten ganadores, reducirán su capacidad espectral para cumplir con el límite aplicable a la macrobanda relevante.

De este modo, podría darse el caso de que se modifique la base de cálculo del *Cap* Vigente con posterioridad a la adjudicación del concurso, lo que beneficiaría a aquel operador con mayor tenencia de espectro que puede ajustar su capacidad espectral y cuenta con mayor información para realizar sus ofertas.

⁸⁵ Artículo 30 de las bases del Concurso de la Banda 700, del Concurso de la Banda AWS y del Concurso de la Banda 3.5.

⁸⁶ Respuestas Consultas Banda 700, Pregunta N°143 y Respuestas Consultas Banda AWS, Pregunta N°134.

Inclusive, podría suceder que, modificándose la base de cálculo con posterioridad a la adjudicación del concurso (por ejemplo, porque uno de los ganadores cumple con su obligación de ajuste al *Cap* Vigente por medio de una renuncia a una concesión o reducción de su ancho de banda), otro de los ganadores -que, previo al concurso podía postular sin sobrepasar el *Cap* Vigente- exceda dicho límite como consecuencia del ajuste *post* adjudicación que contemplan las Bases 5G.

Y a lo anterior debe agregarse que el ajuste posterior al *Cap* Vigente, necesariamente, implicará una indisponibilización de espectro radioeléctrico devuelto, lo que es indeseable no sólo desde el punto de vista de la competencia, sino también desde la óptica de la política pública subyacente al concurso (porque éste fue diseñado tomando en consideración todo el espectro ya asignado).

Como es evidente, **los Caps Vigentes se establecieron para ser aplicados de inmediato** - sin perjuicio de la norma transitoria referida-, y su base cálculo es el espectro ya asignado y aquel que es asignado en los respectivos concursos.

Ningún ajuste espectral puede realizarse con posterioridad a la adjudicación, pues ello podría situar a los postulantes ante un incumplimiento de una medida impuesta por esta judicatura.

Aclarado lo riesgosa 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 macrobanda relevante** (en la especie, para las macrobandas baja, media baja, media y alta).

Ello, toda vez que Subtel cuenta con información que no necesariamente es conocida por todos los posibles postulantes. En efecto, un OMR podría modificar o renunciar a una concesión que tenga asignación de espectro con anterioridad a un concurso y así modificar la base de cálculo del *Cap* Vigente.

En este sentido, recordemos que la decisión de fijar *caps* porcentuales responde a razones de eficiencia y adaptación tecnológica, pues evita que los límites máximos de tenencia deban ser revisados por la autoridad para cada concurso⁸⁷.

Entonces, el que Subtel establezca con claridad, para cada concurso, cuáles son los *Caps* Vigentes, no se opone a la racionalidad de los *caps* porcentuales. Muy por el contrario, desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario que el regulador sectorial establezca reglas claras respecto de los límites de tenencia de espectro, para que los postulantes cuenten con la información correcta para formular sus ofertas.

⁸⁷ TDLC; Resolución N°59/2019, considerando 146°.

En consecuencia, cobran especial relevancia los siguientes aspectos: (i) que cualquier ajuste espectral necesario para cumplir con los *Caps* Vigentes sea realizado con anterioridad a la celebración de los Concursos Públicos 5G, lo que debe ser informado por Subtel a todos los eventuales postulantes; y, (ii) que Subtel informe, con completa claridad, cuáles son los *Caps* Vigentes para cada uno de los Concursos Públicos 5G, **sin que puedan realizarse ajustes con posterioridad a la adjudicación.**

5.2.- La forma de dividir el espectro a asignar (bloques) excluye injustificadamente a competidores en ciertos concursos y otorga ventajas anticompetitivas a algunos operadores en otros concursos.

Salta a la vista una diferencia injustificada en el modo en que se dividen los bloques de espectro en cada uno de los Concursos Públicos 5G:

Tabla N°5: Espectro objeto de los Concursos Públicos 5G

Concurso	Concurso Banda 700	Concurso Banda AWS	Concurso Banda 3.5	Concurso Banda 26
Ancho de banda a concursar	20 MHz	30 MHz	150 MHz	1.600 MHz
Cantidad de bloques	1 x 20 MHz	1 x 30 MHz	15 x 10 Mhz	4 x 400 Mhz

Fuente: Elaboración propia.

Desde luego, llama poderosamente la atención que, en el caso del Concurso de la Banda 700 y el Concurso de la Banda AWS, sólo se asigne una concesión por el total de espectro radioeléctrico a concursar (considerado como un solo bloque).

Ello contrasta con el caso del Concurso de la Banda 3.5, en el que el espectro se divide en 15 bloques de 10 MHz, sin que las bases limiten el número de concesiones a otorgar.

Como veremos, esta estructura de los concursos genera riesgos a la competencia, por cuanto podría excluir rivales en los dos primeros, y otorga ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.

En el caso del Concurso de la Banda 26, en opinión de Movistar, no se identifican riesgos a la competencia en este aspecto.

5.2.1.- El bloque único del Concurso de la Banda 700 y del Concurso de la Banda AWS suaviza la competencia por la cancha.

Tal como el H. Tribunal advirtió al resolver el *Caso Caps*, si bien un *cap* de 32% puede parecer adecuado respecto de la macrobanda baja, “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”⁸⁸. En razón de lo anterior, la citada resolución fijó un *cap* de 35%.

Sin embargo, la Excma. Corte Suprema optó por reducir dicho límite a un 32%, con la finalidad de “cumplir con el objetivo autoimpuesto de contar con cuatro operadores móviles reales competitivos (...)”⁸⁹.

En otras palabras, al modificar el *cap*, la Excma. Corte Suprema privilegió la competencia *en la cancha* por sobre la competencia *por la cancha*.

Ahora bien, el hecho de que el *Cap* Vigente en la macrobanda baja encuentre como fundamento el asegurar un portafolio de bandas a un cuarto operador para desplegar Tecnología 5G, **no quiere decir que las Bases del Concurso de la Banda 700 deban renunciar completamente a establecer las condiciones mínimas de rivalidad *por la cancha*.**

Lo anterior, en primer lugar, porque cumplir con el objetivo de que el “cuarto operador” cuente con un portafolio de bandas, no obsta a que otros operadores puedan ingresar al mercado de las telecomunicaciones móviles⁹⁰. Así, nada justifica que el espectro a concursar no se divida en dos o más bloques, a menos que la asignación de 20 MHz en esa banda sea un modo eficiente de utilizar el espectro.

En este sentido, cabe hacer presente que 20 MHz es una porción de espectro adecuada para el despliegue de Tecnología 4G (LTE), con foco en cobertura tanto *indoor* como *outdoor*, para zonas urbanas y suburbanas.

Sin embargo, no es una banda idónea para el despliegue de Tecnología 5G propiamente tal, y por ello -como se explicó en el Capítulo 3- las Bases del Concurso de la Banda 700 sólo hacen obligatoria la presencia testimonial de dicha tecnología en escasas zonas.

En cambio, esta banda de frecuencia sí es una buena alternativa para la tecnología DSS⁹¹, la que permite compartir en una misma portadora, y con un mismo equipamiento, tecnologías 4G y

⁸⁸ TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 158.

⁸⁹ Excma. Corte Suprema, Sentencia de 13 de julio de 2020 considerando 16.

⁹⁰ Aunque no es frecuente (y es muy discutiblemente que sea deseable), existen países en que existen 5 o incluso 6 OMR.

⁹¹ Por sus siglas en inglés, *Dynamic Spectrum Sharing*.

5G, aunque con un impacto en la capacidad de ambas. Es decir, si bien en la pantalla del terminal aparecerá “5G”, no se trata verdaderamente de Tecnología 5G.

Es del caso que es perfectamente posible desplegar este último tipo de tecnología con un bloque de espectro 2x5 MHz (10 MHz en total), sin que existan mayores diferencias desde el punto de vista de la cobertura y el aporte *outdoor/indoor*.

Por tanto, no existe justificación alguna para que el Concurso de la Banda 700 asigne sólo un bloque de 20 MHz, en particular, si consideramos que WOM (el cuarto “operador real y creíble”⁹²) **ya se convirtió en el segundo operador que presta servicios bajo tecnología 4G** (tanto a nivel mayorista como minorista⁹³), y es precisamente para esa tecnología que se justifica la asignación de 20 MHz en la Banda 700 MHz, y no para la Tecnología 5G.

A mayor abundamiento, el hecho de que el Concurso de la Banda 700 -bajo la actual redacción del artículo 30- permita ajustar el límite espectral con posterioridad a la adjudicación del concurso, otorgaría la posibilidad a los operadores que actualmente tienen espectro asignado en la macrobanda baja de participar en el Concurso de la Banda 700 y posteriormente ajustarse al *Cap Vigente* por medio de la renuncia o modificación de otras concesiones.

Sin perjuicio de que Movistar considera que tal aspecto de las bases es riesgoso para la libre competencia, si ello se mantiene, la división del ancho de banda a concursar en dos bloques de 10 MHz imprimiría mayor competencia *por la cancha*, sin obstaculizar que un cuarto operador cuente con un portafolio de bandas para desplegar la Tecnología 5G.

Finalmente, todo lo precedentemente expuesto aplica, con mayor razón, al Concurso de la Banda AWS, el que sólo asignará un bloque de 30 MHz.

En esta banda de frecuencia, que tampoco es una banda pionera para prestar servicios bajo Tecnología 5G⁹⁴, WOM ya cuenta con 60 MHz y tampoco se justifica la necesidad de un ancho de banda tal que imposibilite la división en 3 bloques de 10 MHz el espectro a concursar.

5.2.2.- La división de los bloques en el Concurso de la Banda 3.5 es ineficiente desde el punto de vista de la eficiencia espectral y favorece a ciertos operadores.

⁹² En palabras de la Excm. Corte Suprema en Sentencia de 13 de julio de 2020, causa Rol 181-2020; considerando 15°.

⁹³ Ver capítulo sobre mercado relevante.

⁹⁴ TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 159.

Existe consenso en la industria de que (i) la Banda 3.5 GHz es la pionera para prestar servicios bajo el estándar de la Tecnología 5G⁹⁵; y, (ii) se requieren, al menos, 80 MHz contiguos en esta banda para cumplir con los estándares de la Tecnología 5G de manera eficiente⁹⁶.

Con todo, siguiendo el ejemplo del Reino Unido, en su Resolución N°59/2019 el H. Tribunal consideró que era posible asignar bloques de espectro contiguo de un ancho de banda menor y, de ese modo, permitir que los operadores paulatinamente adopten la Tecnología 5G⁹⁷.

En este contexto, la referida resolución estableció una regla de gradualidad en virtud de la cual Subtel (i) en el corto plazo, “debe asegurar la competencia *en la cancha* y **no podrá subastar bloques contiguos que, en suma, sean inferiores a 40 MHz** por operador. De este modo, la Subtel deberá contar, en una primera subasta para la provisión de servicios móviles, con al menos 80 MHz de espectro, asegurando así la existencia de un mínimo de dos operadores en esta macro banda”; (ii) en el mediano plazo, **debe velar porque existan cuatro actores con 40 MHz contiguos**; y, (iii) en el largo plazo, comenzaría a regir un *cap* de 30% y deberá velar porque existan, al menos, cuatro operadores con **80 MHz contiguos**.

La Excma. Corte Suprema revocó dicha decisión e hizo inmediatamente aplicable el *cap* de 30%, sin regla de gradualidad. De ese modo, el máximo tribunal buscó evitar una evidente ventaja de primer jugador que hubiesen tenido los dos operadores ganadores del primer concurso.

Pero ello no obsta a la relevante -y, por lo demás, lógica- consideración de la Resolución N°59/2019, en el sentido de que **las bases del Concurso de la Banda 3.5 debe propender a que los operadores cuenten con una cantidad suficiente de espectro contiguo** que les permita desarrollar la Tecnología 5G de manera eficiente (“Bloques Contiguos Eficientes”).

Sin embargo, la división de bloques que realizan las bases del Concurso de la Banda 3.5 hace todo lo contrario y, además, otorga ventajas a aquellos operadores que ya cuentan con espectro en esta macrobanda.

En efecto, al dividir el espectro en 15 bloques y -como se explicará *infra*- forzar una licitación *combinatorial de primer precio a sobre cerrado*, no se asegura -ni se generan los incentivos correctos- para que los postulantes se adjudiquen el máximo de Bloques Contiguos Eficientes que es posible asignar dada la cantidad de espectro que es objeto del concurso.

⁹⁵ Ibid., párrafos 85 y 134.

⁹⁶ GSMA, “Espectro 5G, postura de la GSMA sobre política pública” (2020), citado en la Resolución Exenta N°1331 de Subtel. Además, véase: Resolución N°62/2020, párrafo 164, citando varios informes acompañados en el proceso.

⁹⁷TDLC; Resolución N°59/2019, párrafo 163.

Basta señalar que, conforme al artículo 32 de las bases de este concurso y las respuestas de Subtel en la etapa de consultas, en la licitación los postulantes deben realizar ofertas por paquetes de bloques genéricos (sin señalar su ubicación). Posteriormente, una vez adjudicada la licitación en base a la maximización de la recaudación fiscal, la mejor oferta económica elige la ubicación de los bloques del paquete de su oferta ganadora, luego lo hace la segunda mejor oferta, y así sucesivamente. En caso de empate, decide el que haya adquirido más bloques y, si persiste el empate, decide Subtel conforme a sus atribuciones generales.

De lo anterior se sigue que, si bien la primera oferta obviamente asegurará bloques contiguos, es probable que las demás ofertas no tengan esa posibilidad, dado el escaso espectro disponibilizado para este concurso.

Adicionalmente, dado que se requiere un mínimo de espectro contiguo para para desarrollar la Tecnología 5G de manera eficiente, es probable que la combinación de ofertas que maximice la recaudación estatal deje bloques disponibles sin asignación, lo que también atenta contra la eficiencia espectral.

Finalmente, no deja de llamar la atención que el Concurso de la Banda 3.5, a diferencia de lo que sucede con los Concursos de la Banda 700 y el Concursos de la Banda AWS, divide el espectro en pequeños bloques que, por sí mismos, no son útiles para prestar el servicio concesionado.

Si bien ello suele utilizarse en las subastas de espectro -sin perjuicio de lo que se dirá sobre la modalidad de subasta elegida para este concurso-, en la especie beneficia anticompetitivamente a los operadores que actualmente cuentan con espectro asignado en esta banda, en particular si tienen espectro contiguo a los bloques objeto de licitación (como es el caso de Entel, que tiene espectro contiguo al bloque 3300 – 3400 MHz).

En efecto, una división en pequeñísimos bloques de espectro aumenta sus posibilidades de participar en el concurso sin superar los *Caps* Vigentes y, como demuestra la teoría económica, tales operadores generalmente valoran, de manera individual, en mucho mayor medida los bloques divididos de esa forma o agrupados en pequeños paquetes.

5.3.- Las Bases de los Concursos Públicos 5G, al forzar una licitación, establecen un mecanismo de subastas para el Concurso de la Banda 3.5 que limita injustificadamente la competencia.

Nuestra ley es clara en establecer que la manera de asignar derechos de uso sobre espectro radioeléctrico es el mecanismo conocido como *beauty contest*.

Lo anterior se colige del texto expreso del artículo 13 C de la LGT, aplicable a los casos en que una norma técnica “sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto”, tal como sucede con el espectro radioeléctrico dado su carácter de recurso escaso.

En efecto, luego de señalar que en tal evento deberá llamarse a concurso público, el inciso segundo establece:

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

Es decir, la licitación o subasta es sólo un mecanismo subsidiario de asignación de espectro radioeléctrico bajo nuestro régimen concesional.

Según se expuso en el capítulo 3, las bases de los Concursos Públicos 5G, aparentemente, cumplen con esta norma, toda vez que establecen un concurso que exige un estándar mínimo de calidad de servicio y establece puntuación en base a cobertura. Así, sólo si existe empate entre los oferentes, Subtel hace un llamado a licitación.

No obstante, fácil es advertir que, en los hechos, los concursos están diseñados para que dicho empate se produzca y, en definitiva, el concurso se resuelva a través de un proceso licitatorio. Ello, pues es muy elevado el puntaje mínimo de admisibilidad de las propuestas (90 puntos de 100) y el rango de diferencia de puntaje para considerar que los postulantes están en igualdad de condiciones es mucho mayor que en concursos anteriores (cuatro puntos). Ello es radicalmente distinto a los pasados concursos en que se asignaron las bandas 2600 MHz y 700 MHz, en los que la igualdad de condiciones se producía con 2 puntos, y con el pasado concurso AWS, en que la diferencia fue de 1 punto.

Así, en lugar de *beauty contest*, las bases contemplan verdaderos procesos licitatorios.

Lo anterior, si bien no se opone necesariamente al bien jurídico protegido en esta sede, hace necesario analizar si el mecanismo de subastas que las bases imponen puede vulnerar la libre competencia respecto de algún concurso específico.

Sobre el particular, en opinión de Movistar, la metodología utilizada en las bases del Concurso de la Banda 3.5, denominada en el artículo 32 c) como *licitación combinatorial de primer precio a sobre*

cerrado, la que recaerá sobre 15 bloques de 10 MHz en la banda pionera para desarrollar la Tecnología 5G, efectivamente genera riesgos para la competencia.

H. Tribunal, la única “virtud” de esta modalidad de subasta es la eventual maximización de la recaudación fiscal que podría obtenerse como resultado de la licitación. Sin embargo, no es efectivo lo que señalan las bases de este concurso, en el sentido de que, en conformidad con este mecanismo, “los operadores que más valoran el espectro serán también los que, habiendo cumplido a cabalidad con las bases técnicas, mejor servicio pueden ofrecer en el mercado móvil”⁹⁸.

Muy por el contrario, esta modalidad genera efectos negativos desde el punto de vista de la competencia *por la cancha y en la cancha*, y es por ello que las subastas de primer precio a sobre cerrado (e incluso de segundo precio) han sido ampliamente reemplazadas en Europa y los Estados Unidos por sistemas SMRA⁹⁹ o *clock auctions*¹⁰⁰ (sean o no en formato combinatorial).

Cabe destacar sobre este punto, que el problema de la subasta no es que su diseño sea combinatorial o que el espectro esté dividido en pequeños bloques¹⁰¹. Más bien, la distorsión competitiva deriva de que el mecanismo sea en sobre cerrado y a primer precio.

En síntesis, las principales razones que fundamentan la ineficiencia de este mecanismo de subasta son las siguientes:

- (i) Existe un altísimo riesgo de **resultados de asignación ineficiente de espectro**, en que algunos operadores se adjudican “mucho” y otros “muy poco”. Inclusive, existe el riesgo de que algunos oferentes no puedan adjudicarse espectro alguno, lo que les impedirá ofrecer nuevos servicios a los consumidores y suavizará la competencia *en la cancha*.

Ello se produce porque los licitantes, al no conocer el precio que ofrecen sus rivales, intentan predecir la valoración que éstos hacen sobre el espectro subastado. Generalmente tal predicción es -más o menos- errónea, lo que se reflejará en ofertas

⁹⁸ Artículo 32 letra c) 2) de las bases del Concurso de la Banda 3.5.

⁹⁹ Por sus siglas en inglés, *Simultaneous Multi-round Ascending*. En este sistema de subastas se ofrecen generalmente múltiples licencias, que se dividen en bloques por banda de espectro o por zona geográfica. Lo distintivo es que todos los bloques se subastan al mismo tiempo, incentivando que los oferentes organicen un plan de uso conjunto de todo ellos. Lo distintivo es que antes de la ronda de cierre todas las ofertas son conocidas por los participantes, lo que permite que cambien sus preferencias y se adecúen al resto de los precios ofertados. Este sistema de subastas ha sido adoptado en Alemania, Estados Unidos, Reino Unido, España, Suiza, Austria.

Véase: GSMA “Auction Best Practice, GSMA Public Policy Position”, Mayo 2019, página 4

¹⁰⁰ Es un sistema de subastas por rondas múltiples en que se realizan ofertas ascendentes por bloques de espectro genéricos; en cada una de las rondas van quedando fuera los ofertantes más bajos hasta llegar a la misma cantidad de oferentes como bloques a licitar existen. Al realizar varias licitaciones simultáneas los oferentes deben optar por adjudicarse algunas de ellas. Ha sido implementado en Suiza, Reino Unido, Australia, Austria, Canadá, Países Bajos e Irlanda.

¹⁰¹ Esto es sin perjuicio de otros riesgos ya anotados acerca de la división de los bloques, pues en este capítulo sólo se analiza el mecanismo de subasta del concurso de la Banda 3.5.

cuyo precio se aparta de la real valoración que los OMR asignan al espectro o, en otras palabras, en ofertas cuyo precio se aparta del “precio de mercado” del espectro.

- (ii) Este tipo de subastas también genera riesgos de **precios altos y asimétricos**, lo que distorsiona el proceso competitivo. Dado que los oferentes tienen distintos perfiles de riesgo, algunos oferentes podrían pagar precios substancialmente mayores al “precio de mercado” y, a su vez, otros terminan pagando precios substancialmente más bajos.

Lo anterior genera una situación anticompetitiva, pues, como resultado de la licitación, los OMR podrían pagar precios muy distintos por espectro equivalente, lo que **distorsionaría su habilidad para invertir aguas abajo**. Esto contrasta con los mecanismos SMRA o *clock auctions*, los que conducen a que todos los operadores terminen por pagar el mismo precio por MHz.

- (iii) En definitiva, dada la alta incertidumbre acerca de la valoración del espectro y la similitud de los proyectos comerciales de los oferentes (según lo exigen las propias bases del concurso), los oferentes se benefician enormemente de un proceso de licitación iterativo en el que pueden observar cómo la demanda agregada responde al incremento gradual del precio.

De tal modo, se pueden corregir los errores de valoración, lo que es imposible en un proceso licitatorio como el de Subtel. Es decir, dado que la incertidumbre conduce a la sobrevaloración, el mecanismo *combinatorial de primer precio a sobre cerrado* está diseñado para que los oferentes cometan errores y no tengan espacio para corregirlos, y ello obviamente genera resultados ineficientes.

Por tanto, el resultado de la licitación no será el de asignar espectro al operador que más lo valore, ni al que esté dispuesto a invertir en una mejor red para prestar servicios móviles a los consumidores.

En cambio, como fruto de una combinación de valoraciones erróneas de los oferentes, el espectro será asignado a diferentes precios, de manera ineficiente, lo que limitará injustificadamente la competencia en el desarrollo de la Tecnología 5G.

Y, para finalizar, debemos hacer presente que en este concurso no sólo se hace imposible predecir cómo valoran el espectro los demás concursantes, sino que también es muy difícil valorarlo individualmente.

Lo anterior es así, por cuanto la división de bloques no asegura la contigüidad de espectro. Pero, además, y como se explicará más adelante, la indisponibilización de espectro y la completa incertidumbre acerca del futuro de la Banda 3.5 GHz, también contribuyen a dificultar la valoración propia del espectro para formular las ofertas.

5.4.- Las bases del Concurso Público de la Banda 3.5 distorsionan el proceso competitivo porque indisponibilizan espectro, generan incertidumbre y otorgan claras ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.

En el caso específico del Concurso de la Banda 3.5, es evidente que las bases podrían generar efectos anticompetitivos que pueden ser mitigados, tal como muchos actores han advertido a la autoridad en diversas instancias¹⁰², incluida la etapa de consultas del concurso¹⁰³.

Como veremos en este capítulo, el primer riesgo de las bases dice relación con la indisponibilización de espectro e incertidumbre que generan las bases del Concurso de la Banda 3.5, lo que produce efectos negativos en la competencia *en la cancha* y *por la cancha*. En este último caso, la modalidad de subastas elegida por Subtel agrava tales efectos.

En un segundo apartado de este capítulo, veremos que las bases de este concurso, bajo este contexto de escasez espectral e incertidumbre, otorgan ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.

5.4.1.- Las bases del Concurso de la Banda 3.5 indisponibilizan injustificadamente espectro y generan incertidumbre, lo que incide en la competencia *por la cancha* y *en la cancha*.

H. Tribunal, en primer lugar, es injustificado y completamente ineficiente que el regulador sectorial no haya incluido en este concurso todo el espectro disponible en la Banda 3.5 GHz y, en particular, aquel que fue devuelto en cumplimiento de la sentencia de la Excmá. Corte Suprema dictado en el *Caso Banda 700*¹⁰⁴.

Sobre el particular, debemos advertir que:

- (i) Entel modificó su concesión nacional de 50 MHz en la banda de frecuencias 3.425-3450 MHz/3.525-3550 MHz, reduciéndola a 3.425-3.440 MHz/3.525-3540 MHz, por lo que dicha concesión ahora tiene un ancho de banda de 30 MHz;

¹⁰² Véanse en este sentido: Diario Financiero, “Gobierno presenta las bases de licitación 5G, pero Conadecus alerta que proceso podría judicializarse” 17 de agosto de 2020 y Sesión de la Comisión de Transporte y telecomunicaciones del Senado de fecha 19 de agosto de 2020, disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/transportes-y-telecomunicaciones/comision-de-transportes-y-telecomunicaciones/2020-08-19/081719.html>

¹⁰³ Así, diversos actores alegaron que el concurso no disponibiliza espectro y no permite adjudicarse 80 MHz contiguos, en este sentido véase Respuestas Consultas Banda 3.5, Respuestas N°4, 7, 8 y 15.

¹⁰⁴ Causa C-275-2014, caratulada “Demanda de Conadecus contra Telefónica Móviles Chile S.A. y otros”, substanciada ante el H. Tribunal.

- (ii) Claro modificó su concesión nacional de 50 MHz en la banda de frecuencias 3.475-3.500 MHz/3.575-3.600 MHz, reduciéndola a 3.475-3.495 MHz/3.575-3585 MHz, por lo que dicha concesión ahora tiene un ancho de banda de 30 MHz; y,
- (iii) Movistar renunció a las concesiones de 50 MHz en las bandas de frecuencia 3.450-3475 MHz/3.550-3.575 MHz que tenía en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena. En el Diario Oficial de 16 de septiembre de 2020, se publicó el Decreto N°341 de 2020, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que certifica la extinción de dichas concesiones.

La disponibilidad de este espectro, según da cuenta el cuaderno de cumplimiento incidental del *Caso Banda 700*, fue conocida por Subtel muchos meses antes de diseñadas las bases del Concurso de la Banda 3.5.

Además, con fecha 30 de septiembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial el Decreto 385/2020, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reduce a 30 MHz el ancho de banda de Entel, mientras que con fecha 29 de septiembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial el Decreto 342/2020, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reduce a 30 MHz el ancho de banda de Claro. Por tanto, Subtel podría haber enmendado las bases del Concurso de la Banda 3.5 en su resolución rectificatoria de 13 de octubre de 2020, tal como fue solicitado en la etapa de consultas.

Así, sin perjuicio de que los actos administrativos necesarios para perfeccionar algunas de estas devoluciones de espectro se hayan verificado en concomitancia al inicio del concurso, es injustificado que Subtel no haya disponibilizado este espectro en el mismo.

De haberlo hecho, **en lugar de 150 MHz, los operadores hubiesen podido competir por un total de 190 MHz a nivel nacional, y por un total de 240 MHz en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena.**

Si bien ello está lejos de permitir que cuatro operadores creíbles cuenten con 80 MHz contiguos, al menos, contribuye a formar un mayor número de bloques contiguos. En particular, porque 15 MHz de los disponibles en virtud del cumplimiento de la Sentencia del *Caso Banda 700* - correspondientes al espectro devuelto por Claro-, son contiguos al ancho de banda 3.600-3.650 GHz que es objeto del Concurso de la Banda 3.5.

En segundo lugar, en un aspecto que también atañe directamente a la disponibilidad de espectro, no es justificable que las bases del concurso no aborden la situación de los actuales asignatarios

de la Banda 3.5 GHz que, como sabemos, en la actualidad sólo puede ser utilizada para prestar el servicio público de telefonía fija inalámbrica.

Al respecto, cabe recordar que Entel cuenta con 80 MHz y Claro con 30 MHz en la Banda 3.5 GHz a nivel nacional, mientras que VTR y CNT cuentan con 50 MHz en casi todo el país, salvo en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

H. Tribunal, esta es la banda pionera para desplegar la Tecnología 5G que modificará por años las telecomunicaciones móviles.

Sin embargo, pese a ello, en lugar de que este concurso constituya una instancia competitiva en la que los actuales asignatarios deban concursar con la oportunidad de que se reorganice el espectro y se disponibilice el máximo de bloques contiguos para generar competencia *en la cancha*, Subtel ha generado completa incertidumbre acerca del destino del espectro ya asignado en dicha banda.

Es efectivo que, tanto Entel como Claro, en diversas oportunidades, han alegado estar prestando servicios de internet fijo inalámbrico en el espectro asignado en la Banda 3.5 GHz.

No obstante, -y sin que sea esta la oportunidad en que deba discutirse la legalidad, pertinencia y eficiencia de la utilización que dichos operadores hacen de ese espectro- lo relevante es que (i) la Banda 3.5 GHz, según estándares internacionales y la planificación de nuestro regulador sectorial, es la banda pionera para desarrollar la Tecnología 5G, por lo que es necesario que esa banda sea objeto de un *refarming*¹⁰⁵; y, (ii) en cualquier caso, el servicio que actualmente prestan Claro y Entel, y que se encuentra en su fase inicial de desarrollo, **no requiere del ancho de banda actualmente asignado**. Prueba de ello es que, al momento de presentarse esta consulta, **parte de ese espectro se encuentra “congelado”** por decisión de Subtel¹⁰⁶.

Todo ello, H. Tribunal, es sin perjuicio de que, en opinión de Movistar, el despliegue de red en la Banda 3.5 GHz para prestar servicios fijos inalámbricos que actualmente está ejecutando Entel y Claro, tras la autorización de Subtel, podría generar efectos anticompetitivos. Sin embargo, dicha discusión excede el objeto de esta consulta¹⁰⁷.

¹⁰⁵ El *refarming* consiste en intervenir sobre las redes en operación, para liberar porciones de espectro para incorporar nuevas tecnologías al sistema. Ver GSMA; "Espectro 5G"; julio 2019, disponible en: <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2019/10/5G-Spectrum-Positions-SPA.pdf>

¹⁰⁶ Según lo dispuesto en la resolución exenta N°1289, de 19 de junio de 2018 y resolución exenta N°1953, de 28 de septiembre de 2018, ambas de Subtel.

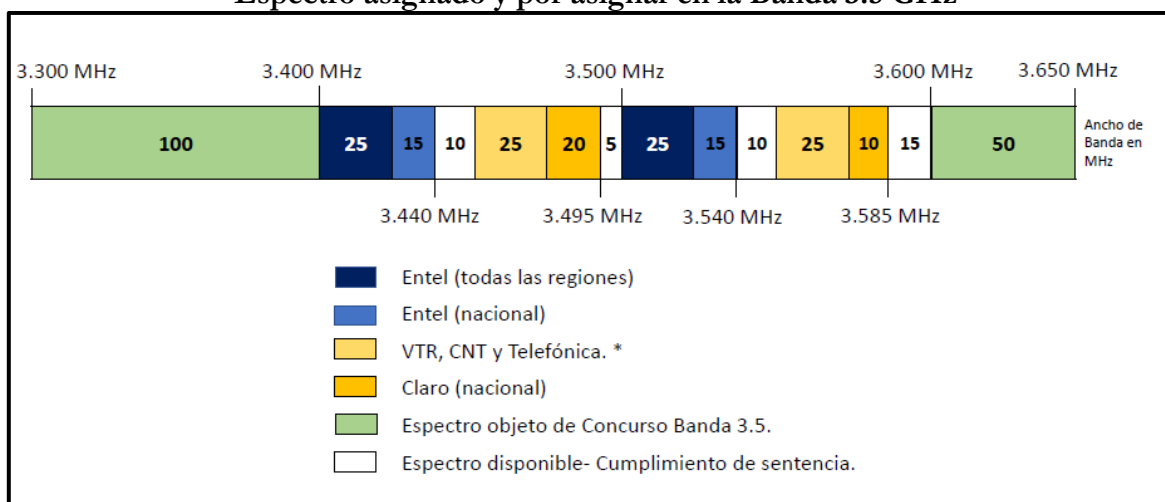
¹⁰⁷ En efecto, ello se discute en la causa rol NC-449-2018, caratulada "Consulta de Telefónica Móviles Chile S.A. y otro sobre la ejecución de ciertas resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones relativas a la banda de frecuencias 3400-3600 MHz", que se encuentra actualmente en la Excm. Corte Suprema para conocer del recurso de reclamación interpuesto por Movistar.

Así las cosas, lamentablemente, las bases del concurso nos sitúan sólo ante la asignación de 150 MHz, que ni siquiera son contiguos. En cambio, si Subtel disponibilizara el espectro devuelto en virtud del *Caso Banda 700* y permitiese a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz también reorganizar su espectro en el marco del Concurso Banda 3.5, serían **300 MHz a nivel nacional los disponibles para desarrollar la Tecnología 5G.**

Al tomar en consideración la porción devuelta por Movistar que se circunscribe a dos regiones australes (de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena), serían 350 MHz de espectro, lo que permitiría el desarrollo de operadores regionales, o bien podría incentivar a que VTR y/o CNT ampliasen su zona de cobertura, desafiando a los operadores con espectro a nivel nacional

Para graficar el espectro disponible y lo ineficiente que es el Concurso de la Banda 3.5 en cuanto a la indisponibilización del insumo esencial para desarrollar la Tecnología 5G, la siguiente ilustración muestra el estado actual del espectro asignado y por asignar en esta banda de frecuencia:

Ilustración N°4
Espectro asignado y por asignar en la Banda 3.5 GHz



*No toma en consideración que Telefónica renuncia a sus concesiones regionales y, por tanto, el espectro se encuentra en desuso en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Fuente: Elaboración propia.

Por último, para disminuir la incertidumbre acerca de la disponibilización de espectro en esta banda, es deseable que, antes de la realización del Concurso de la Banda 3.5, el regulador sectorial defina los planes futuros acerca del espectro comprendido entre las bandas de frecuencia 3.650-3.800 GHz.

Nada ha señalado la autoridad al respecto, lo que unido a la indisponibilización del espectro devuelto en virtud de la sentencia del *Caso Banda 700* y la completa incertidumbre acerca de la forma en que se abordará la situación de los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz, genera efectos negativos en la competencia.

Como es lógico, sin reglas claras acerca de la disponibilidad de espectro en esta banda, unido a la dificultad e incertidumbre acerca de la posibilidad de adjudicarse bloques contiguos de un ancho de banda suficiente, los operadores no pueden valorar correctamente el espectro. Y si no es posible valorar correctamente el espectro propio, más difícil será predecir la valoración del espectro de los demás participantes del concurso, lo que es especialmente grave dada la modalidad de subastas aplicable a este concurso.

5.4.2.- En el contexto actual, las bases del Concurso de la Banda 3.5 otorgan ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.

Ya se discute en otro proceso no contencioso que, por medio de dos resoluciones exentas, Subtel podría otorgar ventajas competitivas a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz¹⁰⁸.

En particular, Movistar -que tiene la calidad de consultante en esos autos- alegó que dichas resoluciones podrían ejecutarse de un modo tal que (i) los actuales asignatarios pudiesen prestar servicios móviles al margen del régimen concesional (es decir, sin participar en un concurso público), pese que sus concesiones sólo permiten prestar el servicio público telefónico fijo inalámbrico; (ii) se incumple una medida decretada por la H. Comisión Resolutiva que establece que dichas concesiones sólo permiten prestar el servicio público telefónico fijo inalámbrico; y, (iii) los actuales asignatarios pueden prestar servicios distintos al concesionario y compatibles con la Tecnología 5G, alcanzando ventajas de primer jugador.

La Resolución N°62/2020 se pronunció sobre la referida consulta y, si bien consideró que la ejecución de las resoluciones de Subtel no infringen la medida impuesta por la H. Comisión Resolutiva, ni tampoco son capaces de otorgar ventajas de primer jugador infranqueables -lo que fue objeto de recurso de reclamación interpuesto por mi representada-, **el H. Tribunal fue categórico en establecer que los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz debían participar en un concurso público** para prestar servicios móviles. De lo contrario, se infringiría el artículo 13 C de la LGT, el que constituye una norma de competencia *ex ante*.

Como puede advertirse fácilmente, **la decisión del H. Tribunal -que no fue recurrida por ningún interviniente en este aspecto- es importantísima, pues la voluntad de Subtel, aunque no fue explícita en las resoluciones exentas cuya ejecución fue objeto de consulta, era la**

¹⁰⁸ TDLC; Causa rol NC-449-2018, 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 3400-3600 MHz”.

de modificar las concesiones de los actuales asignatarios de esta banda y permitirles desarrollar la Tecnología 5G sin participar en concurso alguno. Así fue reconocido por dicha subsecretaría con posterioridad, en diversas instancias¹⁰⁹.

Es del caso que Subtel, al diseñar las bases del Concurso de la Banda 3.5, persiste en otorgar ventajas anticompetitivas a los actuales asignatarios de espectro en esa banda, incluso, en contra de lo resuelto por el H. Tribunal.

En efecto, el Informe de Factibilidad establece lo siguiente:

Resolución Exenta N°1331 – Resolución de Factibilidad

c) Concurso en la banda 3.5 GHz (3.300 - 3.400 MHz / 3.600 - 3650 MHz).

Tecnología a implementar: exclusivamente 5G.

Consideraciones adicionales para la banda de 3.5 GHz

En consideración a la capacidad de suministrar el servicio o tecnología 5G en las bandas previamente asignadas a los incumbentes, se debe tener presente que, de acuerdo a la resolución exenta N° 6.554, de 2010, de esta Subsecretaría, para introducir la operación móvil en la banda 3.400-3.500 MHz, los concesionarios incumbentes deben solicitar la respectiva autorización. Ello sin perjuicio de la no afectación los clientes con los servicios preexistentes, en este caso fijo inalámbrico, para lo cual deben informar y garantizar continuidad los planes de servicio. Dicha gestión tiene un proceso administrativo total aproximado entre cuatro meses y seis desde su solicitud.

Y, luego, cuando Movistar fundadamente interpuso reposición administrativa en contra de dicha resolución y, en particular, hizo presente lo establecido por la Resolución N°62/2020, Subtel desestimó el recurso. ¿Y cuál fue el fundamento del rechazo?

Fue algo muy confuso H. Tribunal, pues, la resolución (i) se limita a señalar que mi representada confundiría materias de regulación con materias de libre competencia, para luego enfocarse únicamente en aquellos aspectos de la consulta que fueron objeto de reclamación por parte de mi representada (eventual infracción a la Resolución N°584 de la H. Comisión Resolutiva y ventajas de primer jugador); (ii) interpreta la decisión del H. Tribunal en el sentido de que el Concurso de la Banda 3.5 no puede discriminar a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz (es decir, interpreta la resolución a favor de dichos asignatarios), pese a que la Resolución N°62/2020 es clara en establecer que, **“si dichas resoluciones se interpretan en el sentido de que las actuales concesionarias solo requieren solicitar una modificación de su**

¹⁰⁹ Por ejemplo, escritos de Aporta antecedentes, a fojas 1240 y siguientes y Alegato de fecha 7 de agosto de 2020 (disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Fq1TieBsdqM&t=8524s>) en causa Rol NC-449-2018.

concesión y no requieren participar en un futuro concurso público para prestar servicios de telefonía móvil en la Banda 3.5, podrían infringirse las normas de libre competencia¹¹⁰; y, (iii) defiende a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz por haberse ya adjudicado concesiones en concursos competitivos, en los que incluso participó mi representada. Sin embargo, como es evidente, tales concursos tenían un objeto completamente diverso, tal como será analizado con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

Lo expuesto es sumamente grave, toda vez que, conforme a la sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada en el *Caso Caps*, el Informe de Factibilidad constituye un antecedente necesario y directo de los concursos públicos de asignación de espectro radioeléctrico.

Así, en este caso, el Concurso de la Banda 3.5 descansa sobre una premisa errada que, además de generar aún más incertidumbre en lo que se refiere a la asignación de espectro en la banda pionera para el desarrollo de la Tecnología 5G, tiene el claro efecto de otorgar ventajas a los actuales asignatarios de esa banda.

Por cierto, a lo anterior debemos sumar los innumerables defectos de este concurso que hemos revisado a lo largo de esta presentación y que también favorecen a los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz (*e.g.* división de los bloques, indisponibilidad de espectro, mecanismo de la subasta, posibilidad de sobrepasar los *Caps* Vigentes).

Pero lo que más ha sorprendido a mi representada, son las recientes declaraciones de la Sra. Subsecretaria Telecomunicaciones, quien señaló lo siguiente sobre la compleja situación de la Banda 3.5 GHz:

“Nosotros decidimos que sólo **se podrá utilizar lo que está en manos del Estado** para desplegar 5G, el cual será parte de una primera etapa. Y después, estamos trabajando con la industria **para que ellos hagan un reordenamiento voluntario de su espectro** para evaluar en qué momento es oportuno y adecuado poder **permitir a las empresas prestar servicios de quinta generación en las concesiones que ya tiene**¹¹¹.

Como primer comentario, cabe señalar que no es efectivo que para este concurso se haya utilizado lo que está en manos del Estado, pues, como vimos, hay espectro que fue restituido en el marco del *Caso Banda 700*.

¹¹⁰ TDLC; Resolución N°62/2020, párrafo 150.

¹¹¹ Diario Financiero; “Gobierno modifica bases del concurso 5G para incluir la obligación de instalar internet en zonas rurales”; 20 de octubre de 2020.

Ahora bien, lo que aquí es más relevante, es la **confesión extrajudicial expresa** de que Subtel busca **proteger a las empresas asignatarias en la Banda 3.5 GHz** -con las que, al parecer, ya estaría trabajando la autoridad sectorial¹¹²-, **pues les permitiría, con posterioridad al Concurso de la Banda 3.5** -en el que mi representada y otros operadores deberán concursar con total incertidumbre-, **reordenar voluntariamente su espectro y prestar servicios con las concesiones actuales, en abierto desafío a lo establecido por el H. Tribunal.**

En este contexto, las Bases del Concurso de la Banda 3.5 son sumamente riesgosas para la libre competencia, pues otorgan ventajas injustificadas a ciertos operadores.

En su lugar, como es lógico y ya se ha señalado, lo que corresponde es disponibilizar el máximo de espectro en un mismo concurso. Así, con reglas claras y en igualdad de condiciones con los demás participantes, los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz, en el marco de su eventual participación en el concurso, podrán concurrir a reorganizar el espectro asignado hace tantos años y para fines tan distintos.

5.5.- Las bases del Concurso de la Banda 3.5 podrían infringir la orden de la Excm. Corte Suprema en cuanto ordenan privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño.

En línea con lo desarrollado en el capítulo anterior, las bases del Concurso de la Banda 3.5 generan un riesgo a la libre competencia, pues podrían infringir lo dispuesto en el románico I, letra B, letra e), de lo dispositivo de la sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada en el *Caso Caps*, en cuanto ordena, bajo determinadas circunstancias, privilegiar la adjudicación de espectro a entrantes u operadores de menor tamaño.

Al respecto, como se explicó en el capítulo 5.1, debemos precisar que la obligación que dicha sentencia impone de emitir el Informe de Factibilidad de manera previa a los concursos públicos de asignación de espectro “**para la prestación de un nuevo servicio o tecnología (...)**” exige “**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**”¹¹³.

Y, de ser así, “**deberá privilegiarse la adjudicación de entrantes u operadores de menor tamaño**”¹¹⁴.

¹¹² Movistar desconoce si a eso se refiere la expresión “trabajando con la industria”.

¹¹³ Románico I, letra B, letra e), de la sentencia de fecha 13 de julio de 2020, dictada por la Excm. Corte Suprema.

¹¹⁴ Ibid.

Pues bien, en primer lugar, claramente nos encontramos ante un concurso que asignará espectro para la prestación de un nuevo servicio o tecnología (Tecnología 5G).

A su vez, como ha señalado Subtel, se debe considerar como operadores incumbentes a “los propios titulares [de las frecuencias preexistentes] y a sus empresas relacionadas, matrices o filiales, y coligantes y coligadas”¹¹⁵. Es decir, en este caso, tienen tal calidad los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz.

En lo que existe divergencia es en lo relativo a qué debe entenderse por “entrantes”, pues, al rechazar la reposición administrativa de Movistar interpuesta en contra del Informe de Factibilidad, Subtel consideró que tenían tal calidad sólo aquellos operadores “que no son titulares de concesiones de servicios de telecomunicaciones que incluyan espectro radioeléctrico”.

En cambio, en opinión de mi representada, una correcta aplicación del fallo -por cuanto se trata de un concurso para la prestación de un nuevo servicio o tecnología-, debe considerar como “entrantes” a los operadores que no cuentan con espectro en la macrobanda respectiva o, al menos, que no cuentan con espectro para prestar el servicio que se busca impulsar a través del concurso.

Ello es lógico, por cuanto el objetivo de la orden de la Excma. Corte Suprema, conforme al considerando 50° de la sentencia en comento, es “maximizar la eficiencia del uso del espectro radioeléctrico evitando su adjudicación a agentes que se (sic) poseen la capacidad de brindar igual servicio con aquellas frecuencias cuya titularidad ya les corresponde (...)”.

Precisamente este objetivo se cumple si consideramos como entrantes a los operadores que no cuentan con espectro para desarrollar el nuevo servicio o tecnología objeto del concurso.

Aclarado lo anterior, por las razones latamente expuestas en esta presentación, en la especie el Informe de Factibilidad -que forma parte integrante de las bases del Concurso de la Banda 3.5- genera el riesgo de incumplir la mentada orden del máximo Tribunal.

Ello, porque dicho informe evita -de una manera superficial- analizar verdaderamente si los operadores incumbentes pueden prestar los nuevos servicios en las frecuencias ya asignadas -en un plazo razonable y, en su caso, tras un concurso que permita un reordenamiento del espectro en la Banda 3.5 GHz-.

¹¹⁵ Informe de Factibilidad, página 7.

Así, en primer lugar, el Informe de Factibilidad considera -en contra del artículo 13 C de la LGT y de lo establecido por el H. Tribunal en la Resolución N°62/2020- que el espectro asignado es apto para la prestación de servicios móviles, para lo que se requiere de una simple autorización administrativa.

Sobre el particular, nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la clara ilegalidad en que incurre Subtel, tanto desde el punto de vista del DL 211 como de la LGT.

Luego, Subtel concluye que Entel y Claro no tienen la factibilidad de desarrollar Tecnología 5G en base a dos razones principales:

- (i) Porque se encontrarían en la fase inicial de desarrollo de un servicio de internet fijo inalámbrico en esa banda.

Sin embargo, Subtel llega a esa conclusión **sin siquiera analizar cuánto espectro se requiere para prestar dicho servicio, si es posible prestar tal servicio en otra banda, ni tampoco se pregunta si tal servicio es compatible con la Tecnología 5G;**

- (ii) Porque parte del espectro asignado a esas compañías se encuentra “congelado” y, por tanto, no es factible utilizarlo para la prestación de estos nuevos servicios (20 MHz en el caso de Claro y 50 MHz en el caso de Entel).

Nuevamente el análisis es superficial, porque **omite que el congelamiento cesará precisamente una vez que se adjudique el Concurso de la Banda 3.5**, tal como lo disponen las resoluciones exentas N°1289 y N°1953 de 2019 dictadas por Subtel.

Esto último fue alegado por Movistar al interponer recurso de reposición administrativa en contra del Informe de Factibilidad. ¿Y qué razón invocó Subtel para rechazar la reposición en este punto?

Se limitó a señalar que “**no tiene las facultades para proyectar situaciones jurídicas futuras en base a supuestos**, por lo que al momento de establecer los criterios a aplicar en esta metodología se consideró la situación presente de las operadoras analizadas”¹¹⁶.

H. Tribunal, no deja de sorprender la superficialidad y circularidad del argumento, pues la tenencia actual de espectro en la banda 3.5 GHz por parte de ambas operadoras no es ningún

¹¹⁶ Subtel, Resolución exenta N°1771 de 2 de octubre de 2020, considerando 7.

supuesto, y tampoco lo es que las resoluciones exentas establezcan, claramente, que las prohibiciones cesarán una vez adjudicado el concurso.

Es efectivo que la situación jurídica actual podría modificarse en un futuro de mediar nuevos actos administrativos de Subtel, sea que se realicen de oficio o a petición de los propios concesionarios. Sin embargo, **es dicha eventual situación lo que constituye un supuesto** que no es posible analizar en el Informe de Factibilidad, por lo que es completamente irracional que Subtel haya seguido la lógica contraria para rechazar la reposición y proteger a los asignatarios de la banda 3.5 GHz.

En particular, lo expuesto cobra mayor relevancia en el caso de Entel, dado que (i) el espectro asignado en el Concurso de la Banda 3.5 es insuficiente, según se expuso *supra*; (ii) dicha compañía ya cuenta con dos bloques contiguos de 40 MHz en esta banda; (iii) uno de esos bloques es contiguo a las bandas de frecuencia 3,30-3,40 MHz (la porción de mayor ancho de banda del concurso); y, (iv) actualmente, las bases permiten a los postulantes sobrepasar el *Cap* Vigente y ajustarse al mismo con posterioridad a la adjudicación.

En consecuencia, la falta de un verdadero análisis sobre la factibilidad de que Claro y Entel puedan prestar los servicios en el espectro ya asignado, genera el riesgo de que se incumpla la orden de la Corte Suprema de privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño.

Así, dado que el Informe de Factibilidad forma parte integrante de las bases del Concurso de la Banda 3.5, la falta de un verdadero análisis acerca de la situación de los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz para desarrollar la Tecnología 5G es un riesgo anticompetitivo que debe ser mitigado.

5.6.- Las bases de los Concursos Públicos 5G imponen un régimen de asignación de espectro basado en el principio de *neutralidad de servicios* lo que genera riesgos anticompetitivos si no se adoptan medidas para *nivelar la cancha* entre los distintos operadores.

En nuestro Derecho la asignación de espectro está sometida a un sistema de *comando y control*, en el que la autoridad determina el uso (servicio) del espectro en base a sus características¹¹⁷ y controla aspectos clave como las frecuencias exactas a utilizar, su propósito y la determinación de la(s) tecnología(s) a emplear¹¹⁸.

¹¹⁷ ITU, Directrices de política y aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico; p. 10.

¹¹⁸ CEPAL, Un modelo institucional para la regulación en materia de convergencia tecnológica en América Latina; p. 91

Hasta la década de los 90 la mayor parte de los países seguía este modelo¹¹⁹, sin embargo, la incidencia de las telecomunicaciones tecnológicamente convergentes, el dinamismo de la industria, y una serie de otros factores, lo transformó en un sistema demasiado rígido.

Como respuesta a esta evolución tecnológica, muchos países ha transitado desde un modelo de *comando y control* a sistemas de administración y adjudicación más flexibles¹²⁰, contexto en el cual emergieron dos principios: (i) el de “neutralidad tecnológica”, en virtud del cual “la legislación debe definir los objetivos a conseguir sin imponer ni discriminar el uso de cualquier otro tipo de tecnología para conseguir los objetivos fijados”¹²¹; y (ii) **el principio de “neutralidad de servicios”, conforme al cual se autoriza “el uso de cualquier banda de frecuencia para cualquier servicio”**¹²².

Uno de los sustratos normativos del sistema de *comando y control* en nuestro Derecho es el artículo 14 de la LGT, el que establece como elementos de la esencia de una concesión “el tipo de servicio y el período de la concesión”¹²³, los que deben estar claramente definidos en el Decreto Supremo correspondiente y son inmodificables.

Sin embargo, dado que la Ley no establece un catálogo de “tipos de servicios”, esta norma ha otorga cierta flexibilidad a Subtel para asignar espectro radioeléctrico mediante concesiones cuyo tipo de servicio es amplio o que aborda un conjunto de servicios.

Así, en lugar de otorgar concesiones para el servicio público de “telefonía móvil digital” -como ocurrió en un primer periodo¹²⁴-, en los concursos de las Bandas 2.600 MHz y 700 MHz, Subtel otorgó concesiones de servicio público de “transmisión de datos fijo y/o móvil” y de “transmisión de datos”, respectivamente.

Con todo, por amplio que fuere, siempre las bases de los concursos detallaban el tipo de servicio -por tanto, inmodificable-, sin perjuicio del proyecto técnico respectivo, el que podía ser objeto de modificaciones posteriores a petición del concesionario¹²⁵.

¹¹⁹ ITU, Directrices de política y aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico; p. 10.

¹²⁰ Véase más en: Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

¹²¹ CULLELL, Cristina "El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico", Revista de internet, derecho y política 2010, página 3.

¹²² Ibid.

¹²³ “Artículo 14 de la Ley General de Telecomunicaciones.- Son elementos de la esencia de una concesión y, por consiguiente, inmodificables: a) En los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión: el tipo de servicio, la zona de servicio, el período de la concesión, el plazo para iniciar la construcción de las obras y para su terminación, el plazo para el inicio de las transmisiones, la potencia y la frecuencia, y b) En los servicios públicos o intermedios de telecomunicaciones: el tipo de servicio y el período de la concesión”.

¹²⁴ A modo de ejemplo véase el concurso en la banda 1.900 MHz del año 1995.

¹²⁵ Artículo 14 LGT.

Sin embargo, los Concursos Públicos 5G llegan al extremo de **otorgar concesiones de servicio público**¹²⁶ **genéricas**. Así, las prestaciones de telecomunicaciones que podrán brindarse en virtud de las concesiones que se otorgarán, podrán ser objeto de modificaciones a solicitud del concesionario a lo largo del tiempo, lo que ya equivale derechamente a un sistema basado en la *neutralidad de servicios*.

No discutimos en esta consulta la legalidad, desde el punto de vista de la regulación sectorial, de esta manera de introducir la *neutralidad de servicios* a nuestro sistema de asignación de espectro radioeléctrico.

Sin embargo, lo que sí constituye un riesgo anticompetitivo, es transitar desde un régimen de *comando y control* a otro más flexible, en el que prima la *neutralidad de servicios*, sin tomar los resguardos necesarios para proteger la libre competencia.

En efecto, los países que han transitado de un sistema a otro, además de haberlo realizado por la vía legal, lo han implementado en conjunto con una serie de otras medidas, tales como intentar disponibilizar el máximo de espectro y establecer un marco de apropiabilidad y transferibilidad de licencias¹²⁷. Además, este principio no está exento de excepciones que permiten limitar el uso de espectro a determinados servicios, sea para evitar interferencias o por razones de interés público -como podría ser el desarrollo de determinada tecnología-¹²⁸.

Ahora bien, en lo que más atañe a esta Consulta, es esencial que el tránsito de un sistema a otro incorpore normas transitorias que *nivelen la cancha* en el mercado¹²⁹, destinadas, por ejemplo, a modificar derechos existentes, prohibir determinadas adquisiciones de derechos de uso sobre el espectro, imponer condiciones relativas al acaparamiento de espectro y su uso eficiente, limitar

¹²⁶ También intermedios.

¹²⁷ En este sentido Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo “Si bien la gestión del espectro sigue siendo competencia de los Estados miembros, la planificación estratégica, la coordinación y, cuando proceda, la armonización a nivel comunitario pueden ayudar a asegurar que los usuarios del espectro obtengan todos los beneficios del mercado interior y que los intereses de la UE se defiendan de forma efectiva a escala mundial. A tal efecto, deben elaborarse, cuando proceda, programas legislativos plurianuales en materia de espectro radioeléctrico, con el fin de definir las orientaciones y los objetivos de la planificación estratégica, así como para armonizar la utilización del espectro radioeléctrico en la Comunidad. Estas orientaciones y objetivos pueden referirse a la disponibilidad y la utilización eficaz del espectro radioeléctrico, en aras del establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, así como, cuando proceda, a la armonización de los procedimientos de concesión de autorizaciones generales o derechos individuales de utilización de radiofrecuencias, cuando sea necesario, para superar las barreras que obstaculicen el desarrollo del mercado interior”.

¹²⁸ Ibid., artículo 9: “Los Estados miembros podrán, no obstante, prever restricciones proporcionadas y no discriminatorias a los tipos de tecnología de acceso inalámbrico o red radioeléctrica utilizados para los servicios de comunicaciones electrónicas cuando sea necesario para: a) evitar interferencias perjudiciales; b) proteger la salud pública frente a los campos electromagnéticos; c) asegurar la calidad técnica del servicio; d) garantizar un uso compartido máximo de las radiofrecuencias; e) garantizar un uso eficiente del espectro; o; e) garantizar el logro de un objetivo de interés general de conformidad al apartado 4.”

¹²⁹ “The introduction of technology and service neutrality and trading for existing spectrum usage rights may require transitional rules, including measures to ensure fair competition, as the new system may entitle certain spectrum users to start competing with spectrum users having acquired their spectrum rights under more burdensome terms and conditions. Conversely, where rights have been granted as a derogation from the general rules or according to criteria other than those which are objective, transparent, proportionate and non-discriminatory with a view to achieving a general interest objective, the situation of the holders of such rights should not in an unjustified manner be to the detriment of their new competitors beyond what is necessary to achieve that general interest objective or another related general interest objective” [traducción propia]. Véase en: Directiva 2009/140/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de fecha 25 de noviembre de 2009; P. 40.

la cantidad de espectro disponible para cada empresa o evitar la acumulación excesiva de derechos de uso del espectro¹³⁰, De lo contrario, puede distorsionarse la competencia mediante la entrega de ventajas competitivas injustificadas¹³¹ a ciertos operadores¹³².

Precisamente nos encontramos ante un caso de asimetría que puede generar efectos anticompetitivos, pues **el Concurso de la Banda 3.5 otorgará concesiones bajo una suerte de *neutralidad de servicios* y, dada la valorización actual del espectro y la tecnología que se busca implementar, los postulantes deberán comprometer importantes inversiones e incluso concurrir a onerosas subastas para adjudicarse el concurso.**

En cambio, **los actuales concesionarios participaron en un concurso completamente diferente, en el que se impulsaba una tecnología de futuro incierto, sin subasta, cuando el espectro era abundante y en que sólo un tipo de servicio -servicio público telefónico local inalámbrico- podía prestarse en virtud de la concesión.**

Así, yerra Subtel al negar que Claro y Entel tengan ventajas anticompetitivas al ser asignatarios de la Banda 3.5 GHz y eventualmente puedan utilizar el espectro para desarrollar la Tecnología 5G, en base a que lo adquirieron “en razón de los concursos desarrollados los años 2001 y 2004, que se materializaron en el ámbito de concursos públicos, abiertos, y competitivos. En efecto, respecto de uno de estos concursos su representada participó como postulante, sin embargo, su proyecto no fue lo suficiente competitivo en dicha oportunidad (...)”¹³³.

H. Tribunal, no es relevante si tales concursos fueron o no competitivos¹³⁴.

Lo que debe analizarse es la situación asimétrica en la que se encuentran los operadores, pues unos accedieron al espectro en circunstancias en las que la valoración del mismo era muy baja y en las que imperaba un sistema rígido, mientras que los demás tendrán que acceder al mismo espectro en condiciones mucho más onerosas y en las que deben comprometer grandes inversiones que sus competidores no estarán obligados a asumir.

¹³⁰ Decisión N° 243/2012/EU N° 243/2012/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de fecha 14 de marzo de 2012; P. 15.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² “[S]pectrum management may affect competition by changing the role and power of market players, for example if existing users receive undue competitive advantages. Limited spectrum access, in particular when appropriate spectrum becomes scarcer, can create a barrier to entry for new services or applications and hamper innovation and competition. Acquisition of new rights of use of spectrum, including through spectrum transfer or leasing or other transactions between users, and the introduction of new flexible criteria for spectrum use can have an impact on the existing competitive situation. Member States should therefore take appropriate ex ante or ex post regulatory measures (such as action to amend existing rights, to prohibit certain acquisitions of rights of use of spectrum, to impose conditions on spectrum hoarding and efficient use such as those referred to in Directive 2002/21/EC, to limit the amount of spectrum available for each undertaking, or to avoid excessive accumulation of rights of use of spectrum) to avoid distortions of competition” [traducción propia]. Véase en: Decisión N° 243/2012/EU N° 243/2012/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de fecha 14 de marzo de 2012; P. 15.

¹³³ Resolución exenta N° 1771 de 2 de octubre de 2020 de Subtel, que rechaza reposición administrativa interpuesta por Movistar contra el Informe de Factibilidad; consideración 5°.

¹³⁴ Además, cabe señalar que esos concursos otorgaban concesiones para un servicio en que mi representaba, en ese entonces, era considerada dominante, lo que le imponía una serie de restricciones para participar.

Lo irónico es que, en lugar de *nivelar la cancha*, Subtel insista en premiar a aquellos operadores que por años tuvieron el espectro en desuso y ahora pretenden evadir el proceso competitivo que a los demás operadores les toca enfrentar.

Así ha quedado en evidencia del mérito de lo expuesto en esta presentación, y ello es corroborado también al analizar la Resolución Exenta N°1689 que Convoca a Consulta Ciudadana Sobre Propuesta Normativa de Futuro Reglamento General de Telecomunicaciones de 14 de septiembre de 2020, dictada por Subtel. En efecto, su segunda norma transitoria dispone lo siguiente:

“Segunda transitoria.- Los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones con títulos vigentes a la entrada en vigor del presente Reglamento **podrán acogerse a las disposiciones relativas a la convergencia de prestaciones específicas, presentando la correspondiente solicitud de modificación de concesión**”.

Así, por medio de una norma infralegal, Subtel intenta incorporar una regla transitoria en el contexto de este principio de *neutralidad de servicios*, pero en la dirección incorrecta, intentando que los actuales asignatarios puedan modificar sus antiguas concesiones y así puedan evitar participar en los concursos necesarios para desarrollar la Tecnología 5G.

Es otra demostración de que, por vía reglamentaria, se pretende ir más allá de lo que permite la Ley, pues se desatiende el texto expreso del artículo 14 de la LGT en cuanto establece que el tipo de servicio de una concesión es un elemento de la esencia y, por ende, inmodificable. Ahora, en virtud del reglamento proyectado por Subtel, los servicios podrán entrar o salir de una concesión a petición del concesionario, el que solo deberá presentar la solicitud a Subtel de modificación de su concesión, de acuerdo al artículo 15, sin considerar, por ejemplo, que la prestación que se “adiciona” debería sujetarse al procedimiento de concurso público, en la medida que se cumplan las exigencias del artículo 13 C de la ley¹³⁵.

Por último, no podemos dejar de advertir que este cambio del régimen concesional sólo puede realizarse vía reforma legal y, en ningún caso, vía reglamento. En caso contrario, existiría una evidente vulneración a los principios de legalidad y de reserva legal, y transgresión a normas constitucionales, de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado y de la

¹³⁵ Tan claro y evidente es que el concesionario no puede alterar por mera autorización de Subtel los tipos de servicio para el cual fue otorgada su concesión, que el propio TDLC señaló en el Considerando 149 de su resolución N°62/2020 que “junto con lo anterior, cabe precisar que los incumbentes tampoco podrían solicitar una modificación de su concesión para extenderla a servicios móviles, toda vez que el tipo de servicio es un elemento inmodificable de la concesión en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la LGT” y, además, estableció, en su Considerando 150, que “si dichas resoluciones se interpretan en el sentido de 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, podrían infringirse las normas de libre competencia”.

propia LGT, así como a la jurisprudencia uniforme emanada del H. Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

5.7.- El monto de las boletas de garantía como requisito que podría dificultar la participación de postulantes y reducir la intensidad competitiva en los Concursos Públicos 5G.

“[E]l establecimiento de exigencias por parte de la autoridad para participar en los procesos licitatorios naturalmente produce una exclusión respecto de un número de competidores, lo que no podría ser estimado en principio contrario a las normas de la libre competencia. En Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación del derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo”¹³⁶.

Sin embargo, tales exigencias deben ser razonables y encontrar justificación en el objetivo de política pública del acto de autoridad en cuestión – en este caso, los Concursos Públicos 5G-, pues, de lo contrario, se puede generar un efecto excluyente contrario al DL 211.

En efecto, cuando la autoridad erige barreras de entrada injustificadas en los procesos licitatorios, precisamente ello cae “dentro del ámbito sobre el cual este Tribunal puede pronunciarse, por cuanto por su intermedio se podría generar un efecto excluyente (en el sentido indicado en las consideraciones precedentes), reprochable en la medida que el hecho no se encuentre justificado”¹³⁷.

Así, en diversas ocasiones, este H. Tribunal ha considerado que la exigencia de una o más boletas de garantía cuyos montos agregados son injustificadamente altos, pueden erigir una barrera a la entrada contraria a la libre competencia¹³⁸.

Pues bien, aclarados estos conceptos, se advierte que las bases de los Concursos Públicos 5G exigen las siguientes boletas de garantía:

¹³⁶ TDLC; Sentencia 138/2014, considerando 19°.

¹³⁷ Ibid., considerado 23.

¹³⁸ TDLC; Sentencia N°105/2010; considerando 49; Sentencia N°79/2008; considerando 31; Resolución de 16 de marzo de 2020, Causa Rol C N°275-2014, cuaderno de cumplimiento incidental.

Tabla N°6

Concurso	Garantía de seriedad de la solicitud ¹³⁹	Garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento ¹⁴⁰	Valor de boleta de garantía bancaria en caso de licitación ¹⁴¹
Concurso Banda 700	22.500 UF	350.000 UF	Monto no inferior al 30% del valor de la oferta económica del licitante
Concurso Banda AWS	22.500 UF	370.000 UF	Monto no inferior al 30% del valor de la oferta económica del licitante
Concurso Banda 3.5	22.500 UF	450.000 UF	Monto no inferior al 30% del valor de la <u>mayor</u> oferta económica del licitante
Concurso Banda 26	11.250 UF	8.000 UF por cada concesión comunal.	<u>Para cada comuna</u> , por un monto, expresado en pesos chilenos, no inferior al 30% del valor de la oferta económica del licitante.
Costo total de garantías	78.750 UF	1.170.000 UF + [8.000-792.000] UF¹⁴²	30 % del valor de la oferta económica del licitante para cada banda.

Fuente: Bases Concurso 5G.

Por otro lado, hay que destacar que la simultaneidad de los Concursos Públicos 5G responde a que el despliegue de la Tecnología 5G “necesita operar con una combinación de bandas de espectro radioeléctrico de distinto rango (altas, medias y bajas), a fin de poder entregar toda su potencialidad e implementar una amplia gama de aplicaciones y servicios”¹⁴³.

En este sentido, es esperable que los OMR actuales, y en especial los entrantes, requieran postular a todos o la mayor parte de los Concursos Públicos 5G para, efectivamente, tener la posibilidad de desplegar una red de Tecnología 5G.

Ello explica que en las respectivas etapas de consultas a las Bases 5G, varios de los interesados hayan cuestionado las sumas de las boletas de garantía, pues su monto agregado podría constituir una barrera de entrada injustificada y excluyente¹⁴⁴.

¹³⁹ Debe entregarse al momento de la postulación según lo dispuesto en el artículo 17 de las Bases de los Concursos Públicos 5G.

¹⁴⁰ Se entrega al momento de la adjudicación del concurso, según lo dispuesto en el artículo 38 de las Bases de los Concursos Públicos 5G.

¹⁴¹ Artículo 32, de las respectivas bases de los Concursos Públicos 5G, en conformidad al artículo 9 del Decreto 412 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de 1995 que reglamenta el concurso público a que se refiere el artículo 13 C de la LGT.

¹⁴² Rango según cantidad de concesiones adjudicadas en el Concurso de la Banda 26.

¹⁴³ Informe de Factibilidad; P.2.

¹⁴⁴ Véanse en este sentido: Respuestas Consultas Banda 700, Respuesta N°165; Respuestas Consultas Banda AWS, Respuesta N°160; Respuestas Consultas Banda 3.5, N°237; y Respuestas Consultas Banda 26, Respuestas N°212, 213, 221, 222 y 223.

En efecto, si bien en concursos públicos de asignación espectro radioeléctrico anteriores se habían exigido boletas de garantía por montos similares, o incluso superiores, esta es la primera ocasión en que se realizan cuatro concursos públicos simultáneamente.

Además, en prácticamente todos los concursos anteriores, Subtel otorgaba la posibilidad de reducir el monto de la garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento cada vez que la empresa adjudicataria “dé cumplimiento fiel, íntegro y oportuno de las etapas comprometidas”¹⁴⁵ en base a una fórmula de cálculo indicada en cada una de las bases.

Lo anterior no fue replicado en las bases de los Concursos Públicos 5G, pues éstas sólo consideran la devolución de esta garantía una vez ejecutadas todas las etapas del proyecto¹⁴⁶.

Este riesgo de exclusión, que afecta a todos los Concursos Públicos 5G, podría favorecer a las empresas que ya tienen redes de telecomunicaciones móviles desplegadas, entre las que se encuentra mi representada.

Sin embargo, H. Tribunal, a Movistar le asiste la absoluta convicción de que el espectro radioeléctrico debe ser asignado en concursos competitivos, que no den espacio a cuestionamientos *ex post* en que puedan alegarse supuestas ventajas a los “incumbentes”, tal como ha acontecido en el pasado reciente, pues ya no es posible seguir tolerando los niveles de incertidumbre y litigiosidad que han caracterizado a la industria por tanto tiempo¹⁴⁷.

Es por ello que resulta imperativo que, en el marco de esta consulta, Subtel justifique la razonabilidad de estas exigencias que imponen las Bases 5G, como asimismo que se oiga la opinión de eventuales intervinientes que puedan verse excluidos por los montos de las boletas de garantías, así como por la imposibilidad de reducir el capital inmovilizado en razón de ellas en la medida de que avanzan las distintas etapas del proyecto.

6.- Procedencia y objeto de la consulta.

Conforme al artículo 18 N°2 del DL 211, el H. Tribunal tiene la atribución y deber de “conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos

¹⁴⁵ Artículo 19 del documento “Bases del concurso Público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos en las bandas de frecuencias 714-748 MHz y 768- 803 MHz”; artículo 19 del documento “Bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos fijo y/o móvil en las bandas de frecuencias 2.505 – 2.565 MHz y 2.625 – 2.685 MHz”; artículo 20 del documento “Bases para otorgar concesiones de servicio público telefónico inalámbrico en la Banda 3400-3600 MHz”; artículo 38 del documento “Bases del Concurso público para otorgar permisos de servicio limitado de telecomunicaciones para radiocomunicaciones multifrecuencias en la banda de 400 MHz”.

¹⁴⁶ Artículo 39 de las Bases de los Concursos Públicos 5G.

¹⁴⁷ Basta citar como ejemplo el *Caso Banda 700*.

existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

Es decir, para la procedencia de la presente consulta es menester (i) que el solicitante sea parte en los hechos o tenga interés legítimo; (ii) que el hecho, acto o contrato aún no se haya ejecutado, o bien, que habiéndose ejecutado, la consulta no verse sobre una cuestión contenciosa; y, (iii) que el objeto de la consulta sea que el H. Tribunal declare si dicho hecho, acto o contrato, de ser ejecutado, infringiría el DL 211.; o bien, que fije las condiciones bajo las cuales dicho acto, hecho o contrato, de ser ejecutado, no infringiría el DL 211.

Pues bien, en primer lugar, los hechos, actos o contratos objeto de la consulta son las bases que regirán cuatro concursos cuyo objeto es otorgar concesiones que involucran espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En este sentido, Movistar tiene interés legítimo en los hechos, actos o contratos materia de la consulta, toda vez que es un operador de telecomunicaciones móviles. Así, los riesgos anticompetitivos que genera el diseño de las bases de los Concursos Públicos 5G afectarán directamente a mi representada.

En segundo término, hay que destacar que los concursos en cuestión tienen el carácter de “públicos” y que emanan de un órgano del Estado.

Sobre el particular, en reiteradas oportunidades el H. Tribunal ha señalado que “dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso-, están las cuestiones relativas a bases de licitación pública”¹⁴⁸.

En efecto, conforme al artículo 3º del DL 211, los actos de autoridad no escapan al escrutinio de esta judicatura y precisamente las bases de licitación o de un concurso público pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o pueden tender a producir tales efectos.

Finalmente, cabe hacer presente que el texto definitivo de las bases de los concursos se fijó recientemente¹⁴⁹ y que se ha programado la etapa de postulación para los próximos días 12 y 18 de noviembre.

¹⁴⁸ TDLC; Resolución 61/2020; Consideración 5º.

¹⁴⁹ Las bases fueron objeto de modificaciones con fecha 13 y 20 de octubre pasado.

En este contexto, nos encontramos ante un “hecho, acto o contrato existente o por celebrarse” que no tiene el carácter de contencioso. Así, tal como ha establecido la jurisprudencia del H. Tribunal para el caso de bases de concursos o licitaciones próximos a celebrarse¹⁵⁰, procede que sean revisadas por el H. Tribunal en el marco del presente procedimiento en el ejercicio de su potestad consultiva.

En mérito de lo expuesto, en atención a que la consulta es plenamente procedente conforme a lo dispuesto en los artículos 3º, 18º N°2 y 31º del DL 211, Movistar somete a consideración del H. Tribunal si las bases de los Concursos Públicos 5G podrían infringir el DL 211 y, en su caso, solicita que establezca las condiciones que, de no cumplirse, importarían una infracción anticompetitiva.

En particular, y a modo de resumen, mi representada somete a consulta lo siguiente:

- (i) Si la posibilidad de que los operadores concursen excediéndose del *Cap* Vigente y se les otorgue la posibilidad de reajustarse al límite máximo con posterioridad a la adjudicación genera un riesgo de incumplimiento a una orden dictada en esta sede y, por tanto, vulnera el DL 211;
- (ii) Si el modo en el que se encuentran divididos los bloques de espectro radioeléctrico objeto de los Concursos Públicos 5G genera efectos exclusorios u otorga ventajas anticompetitivas a determinados operadores;
- (iii) Si la modalidad de subasta utilizada en las bases del Concurso de la Banda 3.5 puede generar efectos anticompetitivos desde el punto de vista de la competencia *en la cancha* y *por la cancha*;
- (iv) Si las bases del Concurso de la Banda 3.5 GHz pueden generar efectos anticompetitivos dada la indisponibilización de espectro, la incertidumbre existente acerca del modo en que se reordenará esta banda y las claras ventajas que tienen los actuales asignatarios de la misma;
- (v) Si las bases del Concurso de la Banda 3.5 podrían generar un incumplimiento de la orden -dictada en esta sede- de privilegiar la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño;
- (vi) Si la falta de resguardos para nivelar la cancha entre los actuales asignatarios de la Banda 3.5 GHz y los que se adjudiquen el Concurso de la Banda 3.5 puede infringir el DL 211; y,

¹⁵⁰ Por ejemplo, causas Rol: NC-462-2020, NC-458-19; NC-450-18; NC-438-2017; NC-432-2015, NC-33-04.

- (vii) Si el monto de las boletas de garantía de los Concursos 5G, individualmente consideradas y en su conjunto, pueden dificultar la participación de postulantes y reducir la intensidad competitiva en los Concursos Públicos 5G.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18° N°2 del DL 211, tener por formulada la presente consulta, admitirla a tramitación y pronunciarse acerca de si las bases de los Concursos Públicos 5G, singularizados en el cuerpo del escrito, se ajustan o no al DL 211; y, de ser procedente, establecer condiciones que deberán cumplir dichos concursos para prevenir los riesgos identificados por mi representada, así como otros que puedan identificarse en conformidad al mérito del proceso.

PRIMER OTROSÍ: En atención a lo dispuesto en el numeral 3 del Auto Acordado N°5 de este H. Tribunal, solicito **decretar expresamente la suspensión de los Concursos Públicos 5G**, singularizados en el cuerpo del escrito, cuyo llamado fue efectuado por Subtel con fecha 1° y 17° de agosto de 2020, y cuyas bases fueron publicadas por las resoluciones exentas N°1.365, N°1.366, N°1.367 y N°1.368 todas de 2020, y modificadas con fecha 13 y 20 de octubre de 2020, en tanto no sea resuelta la presente consulta, y comunicar dicha suspensión por la vía más expedita a Subtel.

La necesidad de suspender los referidos concursos es evidente atendida la gravedad de los riesgos descritos en el cuerpo del escrito y las enormes inversiones que requiere el despliegue de la Tecnología 5G en una industria que, durante los últimos años, ha enfrentado excesiva litigiosidad e incertidumbre.

Así, los costos de la dilación de la asignación de espectro para la Tecnología 5G son irrisorios en comparación a las graves consecuencias que puede traer la celebración de cuatro concursos públicos que serán claves para el desarrollo de las telecomunicaciones en la próxima década.

Por tanto, al H. Tribunal, respetuosamente pido, acceder a lo solicitado y decretar la suspensión inmediata de los Concursos Públicos 5G, notificando dicha suspensión a Subtel mediante la vía idónea que se considere más expedita.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, vengo en acompañar los siguientes documentos que se singularizan a continuación, para que sean tenidos en consideración al momento de resolver la Consulta y la solicitud contenida en el primer otrosí:

1. Resolución N° 1365 de fecha 14 de agosto de 2020, que “Aprueba Bases del concurso público para otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 703-713 MHz y 758-768 MHz” dictada por Subtel.
2. Resolución N° 1366 de fecha 14 de agosto de 2020, que “Aprueba Bases del concurso público para otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 1.755-1.770 y 2.155-2.170 MHz”, dictada por Subtel.
3. Resolución N° 1367 de fecha 14 de agosto de 2020, que “Aprueba bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 - 3,40 GHz y 3,60 - 3,65 GHz”, dictada por Subtel.
4. Resolución N° 1368 de fecha 14 de agosto de 2020, que “Aprueba Bases del concurso público para otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en la banda de frecuencias de 25,90 - 27,50 GHz”, dictada por Subtel.
5. Resolución Exenta N° 1745 de fecha 28 de septiembre de 2020, que “Aprueba informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 703-713 MHz y 758-768 MHz”, dictada por Subtel.
6. Resolución Exenta N° 1746 de fecha 28 de septiembre de 2020, que “Aprueba informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 1.755-1.770 MHz y 2.155-2.170 MHz”.
7. Resolución Exenta N° 1747 de fecha 28 de septiembre de 2020, que “Aprueba informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30 - 3,40 GHz y 3,60 - 3,65 GHz”, dictada por Subtel.
8. Resolución Exenta N° 1748 de fecha 28 de septiembre de 2020, que “Aprueba informe de respuesta a las consultas formuladas al concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en la banda de frecuencias de 25,90 - 27,50 GHz”, dictada por Subtel.
9. Resolución Exenta N° 1882 de fecha 13 de octubre de 2020, que “Aprueba modificaciones a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta

- velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 703-713 MHz y 758-768 MHz”, dictada por Subtel.
10. Resolución Exenta N° 1883 de fecha 13 de octubre de 2020, que “Aprueba modificaciones a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 1.755-1.770 MHz y 2.155-2.170 MHz”, dictada por Subtel.
 11. Resolución Exenta N° 1884 de fecha 13 de octubre de 2020, que “Aprueba modificaciones a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5G o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30-3,40 GHz y 3,60-3,65 GHz”, dictada por Subtel.
 12. Resolución Exenta N° 1885 de fecha 13 de octubre de 2020, que “Aprueba modificaciones a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en la banda de frecuencias de 25,90-27,50 GHz”, dictada por Subtel.
 13. Resolución Exenta N° 1956 de fecha 20 de octubre de 2020, que “Aprueba modificación, de carácter formal, a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 703-713 MHz y 758-768 MHz”, dictada por Subtel.
 14. Resolución Exenta N° 1958 de fecha 20 de octubre de 2020, que “Aprueba modificación, de carácter formal, a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar una concesión de servicio de telecomunicaciones que opere una red inalámbrica de alta velocidad (LTE Advanced Pro + 5G o superior) en las bandas de frecuencias de 1.755-1.770 MHz y 2.155-2.170 MHz”, dictada por Subtel.
 15. Resolución Exenta N° 1957 de fecha 20 de octubre de 2020, que “Aprueba modificación, de carácter formal, a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen redes inalámbricas de alta velocidad (5g o superior) en las bandas de frecuencias de 3,30-3,40 GHz y 3,60-3,65 GHz”, dictada por Subtel.
 16. Resolución Exenta N° 1959 de fecha 20 de octubre de 2020, que “Aprueba modificación, de carácter formal, a las bases del concurso público que tiene por objeto otorgar concesiones de servicio de telecomunicaciones que operen una red inalámbrica de alta velocidad (5G o superior) en la banda de frecuencias de 25,90-27,50 GHz”, dictada por Subtel.
 17. Resolución Exenta N° 1331 de fecha 11 de agosto de 2020, que “Aprueba informe técnico relativo a la medida complementaria e) del fallo de la Excma. Corte Suprema, recaído en la causa rol N°181-2020, de 13 de julio de 2020”, dictada por Subtel.

18. Resolución Exenta N° 1289 de fecha 19 de junio de 2018 que “modifica la Resolución Exenta N° 1498, de 1999, Resolución Exenta N° 4596, de 2015, y Resolución Exenta N° 6966 de 2009 y sus modificaciones posteriores, todas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones”, dictada por Subtel.
19. Resolución Exenta N° 1953 de fecha 28 de septiembre de 2018 que “Complementa Resolución N° 1289 Exenta, de 2018, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones”, dictada por Subtel.
20. Resolución Exenta N° 1689 de fecha 14 de septiembre de 2020 que “Convoca a Consulta Ciudadana sobre propuesta normativa de futuro Reglamento General de Telecomunicaciones”, dictada por Subtel.
21. Recurso de Reposición y jerárquico en subsidio interpuesto por Telefónica Móviles Chile S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 1331 de 11 de agosto de 2020, dictada por Subtel, ingreso N° 204.879 de fecha 20 de agosto de 2020.
22. Resolución Exenta N° 1771 de fecha 02 de octubre de 2020 que “Rechaza recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles Chile S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 1331, de 11 de agosto de 2020, y concede recurso jerárquico”, dictado por Subtel.
23. Decreto N° 341 Exento de fecha 13 de agosto de 2020 que “Certifica extinción de Concesión de Servicio Público Telefónico Inalámbrico a Telefónica Chile S.A.”, dictado por Subtel.
24. Decreto N° 342 Exento de fecha 13 de agosto de 2020 que “Modifica Concesión de Servicio Público Telefónico Inalámbrico a Claro Comunicaciones S.A.”, dictado por Subtel.
25. Decreto N° 385 Exento de fecha 19 de agosto de 2020 que “Modifica Concesión de Servicio Público Telefónico Local Inalámbrico de la Banda 3.400-3.700 MHz a Entel Telefonía Local S.A.”, dictado por Subtel.

TERCER OTROSÍ: Vengo en hacer presente que mi personería para representar a Telefónica Móviles Chile S.A. consta en escritura pública de fecha 8 de agosto de 2017, extendida ante el notario público de Santiago, don Julio Ricardo San Martín Urrejola, cuya copia acompaño en este mismo acto.

Por tanto, al H. Tribunal, respetuosamente pido, tener por acompañado el documento y por acreditada mi personería.

CUARTO OTROSÍ: En caso de considerarlo necesario el H. Tribunal para informar a esta parte acerca del estado de la causa, vengo en señalar los siguientes correos electrónicos: jvelozo@covel.cl, ppardo@covel.cl, flobos@covel.cl y mafigueroa@covel.cl.

Por tanto, al H. Tribunal, respetuosamente pido, tener presente los correos electrónicos señalados.

QUINTO OTROSÍ: Atendida la proximidad del inicio de la etapa de inicio de postulaciones a los Concursos Públicos 5G, la que está prevista para el próximo 12 de noviembre, vengo en solicitar que esta presentación se provea en carácter de urgente.

Por tanto, al H. Tribunal, respetuosamente pido, acceder a lo solicitado.

SEXTO OTROSÍ: Vengo en designar como patrocinantes a los abogados don Javier Velozo Alcaide y don Pablo Pardo Murillo, a quienes además otorgo poder junto a las abogadas Francisca Lobos Chávez y María de los Ángeles Figueroa Wielandt, todos domiciliados en Isidora Goyenechea N°3477, piso 5, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, quienes podrán actuar en estos autos en forma conjunta o separada, indistintamente, y firman en señal de aceptación.

Por tanto, al H. Tribunal, respetuosamente pido, tenerlo presente.

GLADYS MARINA
FUENTES
ESPINOZA

Firmado digitalmente
por GLADYS MARINA
FUENTES ESPINOZA
Fecha: 2020.10.30
23:50:03 -03'00'

Javier
Velozo
Alcaide

Firmado digitalmente por
Javier Velozo Alcaide
Fecha: 2020.10.30 23:52:49
-03'00'

FRANCIS
CA
LOBOS
CHAVEZ

Firmado
digitalmente
por FRANCISCA
LOBOS CHAVEZ
Fecha:
2020.10.31
00:20:53 -03'00'

MARIA DE
LOS
ANGELES
FIGUEROA
WIELANDT

Firmado
digitalmente por
MARIA DE LOS
ANGELES
FIGUEROA
WIELANDT
Fecha: 2020.10.30
23:58:53 -03'00'