

Santiago, trece de julio de dos mil veinte.

**Vistos:**

Estos autos Rol N° 181-2020 se inician mediante requerimiento de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, autoridad que sometió a consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "TDLC"), de conformidad con el artículo 31 del D.L. N° 211, la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil real (en adelante "OMR"), establecido en 60 MHz por la sentencia de esta Corte Suprema dictada el 27 de enero de 2009 en causa Rol N° 4797-2008, cuya vigencia fue reconocida por la sentencia de 25 de junio de 2018, Rol N° 73.923-2016.

**I. Aspectos preliminares:**

Constituye un hecho inconcuso que el mercado relevante en que incide la consulta, esto es, los servicios de telecomunicaciones móviles, incluyendo voz y datos, requiere para su funcionamiento tres insumos esenciales: Espectro radioeléctrico, infraestructura y tecnología.

El primero de aquellos elementos se compone por ondas electromagnéticas que pueden propagarse por el espacio sin soporte físico, distinguibles entre sí por su frecuencia medida en hercios (Hz), que significa tantos ciclos de ondas como puedan completarse en un segundo. En particular, las frecuencias que han sido destinadas internacionalmente para las telecomunicaciones móviles, y que, por tanto, son



objeto del asunto discutido, van desde los 600 megahercios (600 MHz o 600 millones de hercios o ciclos de onda por segundo) hasta 28 gigahercios (28 GHz o 28 billones de ciclos de onda por segundo). A su turno, tales frecuencias de onda se agrupan, de acuerdo con estándares internacionales, en "bandas", siendo aquellas actualmente en uso para el mercado relevante en Chile las siguientes: 700 MHz, 850 MHz, 900 MHz, 1700/2100 MHz, 1900 MHz y 2600 MHz, proyectándose la asignación, en el corto plazo, de la banda de 3.5 GHz y, a mediano plazo, bandas altas o "milimétricas" de entre 24 y 28 GHz, con la finalidad que se explicará más adelante.

En este mismo orden de ideas, se expresa que resulta relevante precisar que dichas bandas pueden ser agrupadas en macro bandas, cuyos límites y subclasificaciones varían según el estándar que se adopte, pero que pueden dividirse, de manera general, en: a) macro banda "baja" (que agrupa a las bandas inferiores a 1 GHz); b) macro banda "media" (que agrupa a bandas que van desde 1 GHz a 24 GHz, y que admite diversas subclasificaciones), y c) macro banda "alta" (que agrupa a bandas superiores a 24 GHz). Cada macro banda se distingue de las restantes en atención a tres propiedades físicas: Cobertura, capacidad y latencia. De esta manera las frecuencias ubicadas en la macro banda baja poseen una mayor cobertura (capacidad de penetración de obstáculos) y latencia, pero una menor capacidad de transmisión de



impulsos de radio. Por el contrario, las frecuencias agrupadas en la macro banda alta cuentan con una menor cobertura y latencia, pero se distinguen por su gran capacidad de transmisión de impulsos de radio.

Desde un punto de vista jurídico, al espectro radioeléctrico se le ha reconocido, por el artículo 2° de la ley N° 18.168 "*Ley General de Telecomunicaciones*", la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público susceptible de ser concesionado temporalmente a personas naturales o jurídicas. A su vez, se trata de un bien escaso, limitado y finito, condición que restringe su explotación a un número limitado de actores.

Desde otra óptica, la cantidad, continuidad y propiedades físicas de la porción del espectro electromagnético asignada a cada operador incide directamente en su estructura de costos. Así, a mayor cantidad y continuidad, y menor frecuencia, menores serán los costos del operador.

Por tales razones, conforme al modelo de nuestro país que dirige y supervigila la libre competencia, desde hace ya bastante tiempo, tales órganos administrativos y jurisdiccionales encargados, precisamente, de velar por la defensa de la libre competencia, en este mercado relevante se han encargado de resolver controversias relativas al límite máximo de la tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico por cada operador (en adelante,



indistintamente, "límite de uso", "límite de tenencia" o "cap"), todo ante la ausencia de norma expresa que regule la materia.

En este sentido, un primer antecedente de fijación de límites se encuentra en la Resolución N° 588 de 20 de diciembre de 2000, dictada por la Comisión Resolutiva conociendo una investigación dirigida por el Fiscal Nacional Económico a instancia de Smartcom S.A., entonces operadora en el mercado de las telecomunicaciones móviles. En dicha ocasión, el órgano resolutor determinó en **30 MHz** los disponibles para ser asignados, los que debían ser objeto mediante concurso público, siendo exigible a los concursantes cumplir con los proyectos técnicos comprometidos a fin de cautelar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias a asignar.

Luego, un segundo hito sobre la materia se reconoce en la Resolución N° 2/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que aprobó la fusión entre Movistar y BellSouth, imponiendo como condición de ésta a Movistar, en su calidad de adquirente, que debía desprenderse de 25 MHz de la banda 800 MHz, no pudiendo ser titular de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico por más de **60 MHz**.

Posteriormente, en el contexto de la asignación del espectro para la red 3G (bandas 1700 y 2100 MHz), la Subsecretaría de Telecomunicaciones formuló una consulta sobre esta materia al Tribunal de Defensa de la Libre



Competencia, Rol N° NC 198-2007. Ante la imposibilidad de excluir interesados, según prescribe la Ley General de Telecomunicaciones, solicitó al tribunal dilucidar si correspondía, de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, establecer algún tipo de exclusión, restricción o requisito específico para la participación de los concesionarios de servicio público telefónico móvil, incumbentes a esa época. Es así como, el 17 de julio de 2008, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 27 que, en lo pertinente, determinó que, por no afectar la libre competencia, no era procedente excluir del concurso 3G a los operadores incumbentes, quienes podrían participar en él cumpliendo con los requisitos establecidos en la normativa y en las bases. Sin embargo, el 27 de enero de 2009 esta Corte Suprema dictó sentencia en causa Rol N° 4.797-2008, que, contrario a lo resuelto por el tribunal reclamado, concluyó que para una adecuada competencia era indispensable fijar un límite a la tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, determinación que fomentaría su uso eficiente y la competencia, ordenando, en lo resolutivo, que ningún postulante *"podrá por esa vía ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico de más de **60 MHz**, consideradas en conjunto las bandas de frecuencia objeto de la consulta y las demás bandas destinadas actualmente a la operación del servicio*



*público telefónico móvil*".

Por último, en el procedimiento contencioso Rol N° 275-2014, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoció la demanda presentada por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (en adelante "CONADECUS") en contra de tres operadores del mercado: Entel, Claro y Movistar, quienes en 2013 participaron en el concurso para la asignación de frecuencias en la banda de 700 MHz, excediendo el *cap* de **60 MHz** impuesto previamente por esta Corte Suprema, como se dijo en el párrafo anterior, límite que la demandante entendía aplicable a la generalidad del espectro y no sólo al concurso 3G que motivó el pronunciamiento que invoca. Esta alegación fue descartada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia N° 154/16, pero tal resolución fue dejada sin efecto por esta Corte en sentencia dictada el 25 de junio de 2018 en causa Rol N° 73.923-2016, oportunidad en que se declaró que las empresas demandadas *"incurrieron en una conducta anticompetitiva al adjudicarse bloques en la licitación de la banda 700 MHz sin respetar el límite de **60 MHz** impuesto como máximo que puede tener cada incumbente..."*, *cap* que fue entendido, entonces, como una restricción vigente y de aplicación general, ordenando *"a las recurridas desprenderse de la misma cantidad de espectro radioléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700, quedando a su opción la elección de la banda*



*que será enajenada” (resuelvo 2°), y agregando que “en el evento que la Subtel estime necesaria la revisión del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador, deberá iniciar un proceso consultivo ante el TDLC con este fin. En caso contrario deberá iniciar los procedimientos necesarios para adecuar el límite establecido a los parámetros definidos de **60 MHz** para cada operador participante en el referido espectro radioeléctrico” (resuelvo 4°).*

Es, precisamente, en virtud de aquella opción entregada por esta Corte a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que este órgano público dio inicio a la presente consulta Rol N° NC 448-2018, de ingreso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que tiene por objeto, valga la pena reiterar, la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil real, establecido en **60 MHz** por la sentencia de esta Corte Rol N° 4.797-2008, cuya vigencia fue reconocida por el fallo Rol N° 73.923-2016.

## **II. Consulta.**

En un primer capítulo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones desarrolla la nueva política nacional de espectro radioeléctrico promovida por el regulador, basada en los siguientes principios: (i) El potenciamiento del espectro radioeléctrico como un recurso público que aproveche al mayor bienestar de la población, antes que



como un factor restrictivo de la libre competencia; (ii) que la tenencia actual y futura del espectro radioeléctrico no puede ser un vehículo exclusorio en contra de nuevos entrantes u operadores en proceso de expansión; (iii) el fomento de la innovación tecnológica a fin de asegurar el acceso oportuno y masivo a nuevos servicios; (iv) la estabilidad relativa en cuanto al acceso y utilización de las asignaciones de uso del espectro radioeléctrico; y, (v) la necesidad de determinar un conjunto de condiciones especiales para la asignación de las bandas para la prestación de servicios de quinta generación o "5G".

Luego, el órgano consultante expone las modificaciones más trascendentes del mercado de las telecomunicaciones móviles que, a su entender, justifican la revisión del límite máximo de **60 MHz**, variaciones que inciden en la extensión del mercado relevante, su magnitud, su regulación, la profundidad del mercado de equipos terminales, el uso y disponibilidad del espectro radioeléctrico, y los operadores presentes.

En cuanto al primer aspecto, la Subtel expresa que, a la época de la fijación del límite de tenencia de **60 MHz**, el mercado preponderante era el de la telefonía móvil, restringido a las comunicaciones por voz. Sin embargo, desde entonces a la fecha se ha producido un fenómeno denominado "convergencia tecnológica", consistente en la existencia de nuevos servicios que hacen desaparecer la





distinción entre voz y datos (llamadas IP, videoconferencias, WhatsApp, FaceTime, Skype, etc). Además, ha surgido la distinción entre un mercado mayorista o "aguas arriba", que comprende los contratos de acceso celebrados entre los operadores móviles reales (tenedores de derechos de uso del espectro radioeléctrico) y los operadores móviles virtuales (quienes ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles al público sin contar con asignaciones de espectro), así como también a los contratos de *roaming* suscritos entre los operadores móviles reales incumbentes y operadores móviles reales entrantes, que no cuentan con una infraestructura totalmente desplegada y requieren acceder a aquella que pertenece a los primeros; y un mercado minorista o "aguas abajo", que consiste en la venta de servicios de telecomunicaciones móviles por parte de los operadores (reales y virtuales) al público.

En lo relativo a la magnitud del mercado relevante, la consultante divide su exposición en los siguientes aspectos: (i) La variación del número y tipo de abonados por compañía que, luego de haber alcanzado un número superior a los 23 millones en 2013, se ha estabilizado en torno a esa cifra, siendo destacable la irrupción de WOM, empresa que ha obtenido un 12% de participación a costa de Entel y Movistar, quienes, de todos modos, se mantienen como los dos más grandes operadores del mercado, pudiendo apreciarse, además, cierta convergencia reciente entre el



número de abonados de prepago y postpago; (ii) la variación del tráfico telefónico cursado a través de redes móviles, que registra una estabilización desde 2013, a excepción de WOM que ha incrementado el tráfico de voz, coincidentemente con su crecimiento en cuanto a número de clientes; (iii) la evolución de las conexiones a internet, que se han visto incrementadas fuertemente, desde 638.797 en 2009, a 17.407.926 en 2018, destacando la irrupción de la tecnología 4G en desmedro de la tecnología 2G y 3G.; y, (IV) la evolución de los ingresos, que actualmente se concentran en el tráfico de datos, y de las inversiones, que han disminuido sustancialmente desde 2013.

En tercer lugar, la Subtel identifica una serie de cambios regulatorios que inciden en el mercado de las comunicaciones móviles: (i) La Ley N° 20.599, que modificó la regulación urbanística, ambiental y sanitaria en lo relativo a la instalación de torres soportantes de antenas, encareciendo y ralentizando su despliegue; (ii) la Ley N° 20.478 de 2010, que introdujo la figura de los concesionarios de servicios intermedios, cuya única función consiste en actuar como operadores de infraestructura, poniéndola a disposición de los operadores de manera remunerada; (iii) la Ley N° 20.750 de 2014, que definió al espectro radioeléctrico como un bien nacional de uso público, impregnándolo de los principios antes descritos; (iv) la Ley N° 20.417 de 2012 y su regulación



complementaria, que incorporó la figura de la portabilidad numérica, facilitando la migración de clientes entre operadores; y, (v) diversas iniciativas regulatorias que concluyeron en la disminución de los cargos de acceso, y en la supresión de las tarifas *on net* y *off net*.

Otro aspecto que ha experimentado una variación consiste en la profundidad del mercado de terminales, puesto que, a 2007, el principal problema que incidía en materia de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles era la ausencia de terminales compatibles con las frecuencias de todos los operadores, y su bloqueo por parte de la compañía que los suministraba, situación que ha mejorado pues, hoy, el 93% de los terminales son compatibles con todas las tecnologías y, desde septiembre de 2017, ya no se venden al público equipos bloqueados para acceder a la red de otro operador.

En lo que dice relación con el uso y disponibilidad del espectro radioeléctrico, la Subtel explica que en 2007 fueron licitadas las bandas de 1.700 MHz y 2.100 MHz, que se sumaron a aquellas que ya estaban en uso en aquel entonces (850 MHz y 1.900 MHz). Con posterioridad, se han sumado al espectro destinado a las comunicaciones móviles las bandas de 700 MHz, 900 MHz y 2.600 MHz, quedando la distribución actual de la siguiente manera:



**Distribución actual del espectro radioeléctrico para servicios móviles**

Concesionario	Bandas Bajas			Bandas Medias Bajas			Total (MHz)
	700 MHz	850 MHz	900 MHz	1700/2100 MHz	1900 MHz	2600 MHz	
Entel	30	0	20	0	60	40	<b>150</b>
Claro	20	25	0	0	30	40	<b>115</b>
Movistar	20	25	0	0	30	40	<b>115</b>
VTR	0	0	0	30	0	0	<b>30</b>
WOM	0	0	0	60	0	0	<b>60</b>
<b>Total</b>	<b>70</b>	<b>50</b>	<b>20</b>	<b>90</b>	<b>120</b>	<b>120</b>	<b>470</b>

Un último aspecto que sufrió variación en el ínterin consiste en el número de operadores móviles reales, que pasaron de 3 en 2007, a 4 relevantes en 2018, disminuyendo el índice de concentración en el mercado.

En un cuarto apartado de la consulta, la Subsecretaría describe la situación actual de la competencia y la necesidad de establecer límites a la tenencia de derechos de uso sobre el espectro.

En cuanto al nivel de concentración, éste ha disminuido tanto en el mercado de la telefonía (voz) como de transmisión de datos, de 3.687 a 2.619 puntos HHI en el primer caso, y de 3.586 a 2.540 puntos HHI en el segundo aspecto, manteniéndose en un nivel "altamente concentrado", pero ahora en el límite de lo moderado, cuyo umbral es de 2.500 puntos HHI.

Sin embargo, la consultante sostiene que se esperaría que exista una relación clara y directa entre los límites a la **tenencia** de derechos de uso del espectro y el nivel de



**concentración** del mercado, pero tal vinculación no se cumpliría, pues si se analiza de manera independiente la concentración en la distribución del espectro, ésta alcanza sólo a 2.420 puntos HHI, cifra inferior a la concentración en el mercado de voz y datos.

Por ello, sostiene que una mayor competencia no se logra sólo con una política de acceso al espectro radioeléctrico, tal como lo demuestra la situación de VTR, operador que, pese a contar con tenencia de derechos de uso del espectro, no ha logrado una participación relevante en el mercado, o la realidad de WOM, que, no obstante su crecimiento, no alcanza una posición desafiante respecto del tercer operador incumbente, repitiéndose la misma desviación si se mira el caso de los operadores móviles virtuales, quienes no han logrado relevancia en el mercado minorista a pesar de las facilidades regulatorias que se les ha otorgado, realidad que se contrapone a la experiencia comparada. Por todo ello, estima indispensable la adopción de medidas adicionales o complementarias a los caps, límites que siguen siendo necesarios pues, al ser el espectro radioeléctrico, un insumo esencial para los servicios móviles, su escasez constituye una condición restrictiva a la entrada y a la expansión para los operadores móviles reales en el mercado de las telecomunicaciones.

Continúa el consultante sugiriendo tres



consideraciones que deberían tenerse presentes a la hora de fijar los límites a la tenencia de espectro: (i) Que ellos deben ser elevados, atendida la evolución explosiva del mercado de datos, los crecientes requerimientos de los usuarios sobre la performance de los servicios, y las perspectivas futuras sobre su uso, circunstancias que llevan a concluir, necesariamente, que el límite de **60 MHz** resulta insuficiente; (ii) que debe tenderse a la equidad y homogeneidad, precisando que, en razón de las diversas características técnicas de cada macro banda, es necesario el establecimiento de *caps* diferenciados para cada una de ellas; (iii) que debe proyectarse un número de operadores móviles reales determinado, que, en la experiencia comparada, ronda entre 3 y 5; y, (iv) que no puede olvidarse que el dinamismo tecnológico implica que las atribuciones de bandas son revisadas periódicamente por los organismos internacionales, siendo posible, además, abrir nuevas bandas de frecuencia a nivel mundial.

Atendido todo lo dicho, la propuesta original de la Subtel comprendía la imposición de límites o *caps* por macro banda, y la adopción de medidas complementarias.

En el primer aspecto, la consultante propuso: (i) En la macro banda baja (inferior a 1 GHz), al comprender las frecuencias más valiosas por su escasez y la menor infraestructura que requieren para su implementación, teniendo en cuenta que en el corto plazo se dispondrá de 20



MHz adicionales en la banda de 700 MHz para ser asignados a operadores que no cuenten con esta categoría de espectro, y considerando la experiencia comparada, propone un límite de **50 MHz** por operador; en la macro banda media baja (entre 1 y 3 GHz, explica que en el mediano plazo esta clase de frecuencias van a adquirir especial importancia pues serán indispensables para complementar las redes de 3,5 GHz con que se desplegará la tecnología 5G, y postula como objetivo homogeneizar el límite de tenencia en torno a la porción de espectro con que ya cuenta WOM, proponiendo un *cap* de **60 MHz**; en la macro bandas media alta (3.4 GHz a 3.8 GHz), aclara que las frecuencias ubicadas en este rango son prioritarias para el despliegue inicial de la tecnología 5G, al presentar un buen comportamiento entre cobertura y capacidad, permitiendo suministrar servicios de banda ancha móvil, comunicaciones confiables con latencias bajas y buena respuesta para comunicaciones masivas, siendo actualmente sub utilizadas en Chile para un reducido volumen de comunicaciones inalámbricas de telefonía fija, enlaces punto a punto y conexiones satelitales, razones que llevan al consultante a proponer un límite de **80 MHz** por operador; y, en la macro banda alta (27.5 a 28.35 GHz), tratándose de una porción del espectro que es escasamente utilizada en Chile y que ofrece una alta capacidad de transmisión de datos pero baja cobertura, debe propenderse al correcto desempeño de la tecnología 5G y la potencial



asignación a varios operadores, proponiendo un límite de **200 MHz** por operador.

Acto seguido, la Subsecretaría solicitó la imposición de las siguientes medidas complementarias en las macrobandas baja y media baja: (i) *Roaming* nacional, obligatorio y temporal, proporcionado por los operadores móviles reales que poseen cobertura nacional a los operadores móviles reales asignatarios de frecuencias, pero que aún están en etapa de despliegue de la infraestructura necesaria para competir plenamente con los primeros, agregando que tal obligación debe ser general a todas las bandas y, por tanto, excederá al concurso o banda específica del mismo; (ii) la obligación de los operadores móviles reales incumbentes que poseen cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para operadores móviles virtuales, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios al público que le resulta posible ofrecer al incumbente, precisando que tales ofertas y sus modificaciones deben ser aprobadas por la Fiscalía Nacional Económica, previo informe de la Subtel; (iii) compartición obligatoria de infraestructura pasiva de los operadores móviles reales incumbentes que poseen cobertura nacional, con otros operadores móviles reales asignatarios de frecuencias, a precios y en condiciones no discriminatorias, obligación que debe incluir la inversión





para incrementar la capacidad de torres existentes, sea que la realice el entrante o a través de obligaciones razonables de inversión para el incumbente, con un mecanismo claro y seguro de compensación en cualquiera de ambos casos; (iv) monitoreo permanente de las obligaciones anteriores, bajo vigilancia de la Subtel y la Fiscalía Nacional Económica, implicando la eventual sanción del comportamiento del incumbente y el ajuste de las condiciones de las ofertas y contratos de *roaming*, facilidades y compartición, monitoreo que debiera ser semejante al que exige la FNE respecto de operaciones de concentración, a través de auditores independientes contratados por la empresa monitoreada, pero que reportan directamente a la FNE y la Subtel; (v) en todo concurso que implique la concesión de uso de espectro, debe exigirse a los asignatarios un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo), con vigencia durante toda la concesión, exigencia que, inicialmente, debe incluir también a las frecuencias preexistentes al concurso, concesionadas al mismo operador en el pasado, o adquiridas por éste, debiendo, aquel plan, ser aprobado por la Subtel antes de la recepción de las obras de concesión, procurando que las frecuencias que no se usen efectivamente conforme al plan, deban ser puestas a disposición de terceros interesados, sea a través de la cesión de uso a otro operador (preferentemente entrantes o de menor tamaño) o mediante desinversión a terceros; (vi)



antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de sus redes en un plazo y con costos también razonables, de manera tal que, en caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño; y, (vii) el incumplimiento de estas medidas, que no sea oportunamente subsanado, aparte de las sanciones que pudiere ameritar, deberá inhabilitar al infractor para participar en cualquier concurso de asignación de concesiones que implique uso de frecuencias radioeléctricas.

Luego, solicita la imposición de las siguientes medidas especiales a considerar en concursos públicos para la asignación de derechos de uso de frecuencias para la tecnología 5G: (i) En futuros concursos de asignación de las dos bandas (media alta y alta) se debe considerar separadamente la participación de (a) operadores incumbentes; (b) operadores entrantes y/o que no sean actualmente asignatarios de las bandas 2600 MHz y 700 MHz; y, (c) de operadores de servicios intermedios; (ii) establecer las mismas condiciones generales indicadas en el párrafo anterior, pero con la flexibilidad necesaria para



no retardar el despliegue comercial de la nueva tecnología 5G; y, (iii) reconocimiento a los incumbentes de preferencia, y de ser aplicable pecuniario, en la adjudicación de las bandas de espectro radioeléctrico que se concursen por, entre otros, el plazo remanente de sus concesiones.

Así, la consultante, en su presentación primigenia formuló las siguientes peticiones concretas: (i) Modificar el actual límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico fijado en 60 MHz para cada operador, reemplazándolo por los límites propuestos; (ii) fijar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del DL 211, como condiciones para la elevación del actual límite máximo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, todas y cada una de las medidas propuestas; y, (iii) disponer que el ajuste al límite propuesto para las bandas medias bajas por parte de las concesionarias que actualmente lo exceden, sea objeto de una transición paulatina, y que cualquier otro ajuste a un límite o *cap*, que pudiese disponerse al cabo de esta consulta, se realice conforme al mismo criterio.

Posteriormente, mediante presentación de fojas 1.756, la Subsecretaría de Telecomunicaciones solicitó tener presente una serie de consideraciones que, en concreto, implicaron la modificación de sus propuestas originales. Tal intervención fue justificada en el contenido del



informe económico realizado por los profesores del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, Sres. José Correa, Rafael Epstein y Juan Escobar, titulado "*Consideraciones para una política de límites máximos de espectro*", además de los antecedentes que a esa fecha habían sido aportados en la causa.

En un primer aspecto, la Subtel expresa su cambio de parecer en cuanto a la naturaleza de los límites o *caps*, en el sentido de estimar pertinente la imposición de *caps* dinámicos, pues ellos permiten incorporar reajustes implícitos ante escenarios de incorporación de espectro, gozan de una "vocación de permanencia en el futuro" y suprimen la necesidad de modificar el límite ante cada licitación o cambio tecnológico (especialmente con la evolución el 5G). Además, límites dinámicos reflejan directamente la proporción de tenencia por cada operador, siendo precisamente su exceso lo que se pretende evitar.

Zanjado lo anterior, reafirma la necesidad de aplicar *caps* por macro bandas, precisando que, en el caso de las macro bandas media alta y alta, el límite ha de entenderse referido a todo el espectro de cada una y no sólo a las bandas mencionadas en su propuesta original (3.4 a 3.8 GHz y 27.5 a 28.35 GHz). Acto seguido, propone un *cap* parejo de 32% por macro banda por las siguientes razones: (i) Macro banda baja: El 32% es equivalente a la propuesta original (50 MHz), resultando aplicables las mismas razones



antecedidas; (ii) macro banda media baja: Corrige su propuesta al alza, pues el 32% equivale a 115 MHz, superior a la sugerencia original de 60 MHz, permitiendo que WOM (que ya opera con 60 MHz pero que no cuenta con asignación la macro banda baja) pueda concursar por una mayor cantidad; y, (iii) macro bandas media alta y alta: La cantidad total consiste sólo en un pronóstico, pero anuncia que dividirá el espectro disponible en tantos bloques como sea técnicamente posible.

Por último, en su presentación de fojas 2.635, la Subsecretaría, en lo relacionado con las medidas complementarias o adicionales originalmente propuestas, manifestó su voluntad de no perseverar en su imposición.

### III. Informes y aportes de antecedentes.

Comparecieron ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aportando antecedentes, las siguientes personas jurídicas y organismos públicos: (i) Interexport Telecomunicaciones y Servicios S.A.; (ii) GTD Grupo Teleductos S.A.; (iii) Qualcomm Serviços de Telecomunicações Ltda.; (iv) el Colegio de Ingenieros de Chile A.G.; (v) el Servicio Nacional del Consumidor; (vi) Voinssnet Cloud Services S.A.; (vii) OPS Ingeniería Limitada; (viii) QIN Technology SpA; (ix) CONADECUS; (x) Netline Mobile S.A.; (xi) WOM S.A.; (xii) Claro Chile S.A.; (xiii) Entel Telefonía Local S.A.; (xiv) Entel PCS Telecomunicaciones S.A.; (xv) la Fiscalía Nacional



Económica; (xvi) VTR Comunicaciones SpA; y, (xvii) Telefónica Móviles Chile S.A.

En lo pertinente, los antecedentes aportados por los comparecientes a estrados se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) A fojas 780 comparecieron los abogados Mario Bravo Rivera, Cristián Reyes Cid y Gabriel Trafilaf Ortiz, en representación de CONADECUS, quienes indicaron que este procedimiento se vincula con lo dispuesto en el Resuelvo IV de la sentencia de esta Corte Suprema Rol N° 73.923-2016. En cuanto al mercado relevante, afirman que éste ha avanzado sustancialmente, pero mantiene condiciones de competencia insuficiente, deficiencia que ha impedido que disminuyan los precios minoristas en algunos segmentos, tales como en los correspondientes a las personas de menores recursos, o que mejore la calidad, especialmente en ciudades pequeñas y en zonas rurales.

Respecto de los *caps*, propone límites dinámicos, con el objeto de lograr mayor homogeneidad en la distribución del espectro e incorporar, al menos, un nuevo operador real.

En lo que dice relación con las medidas complementarias, CONADECUS realiza los siguientes alcances:

(i) Es necesario que exista certeza de que la Subtel realizará licitaciones conforme a los nuevos límites y a una calendarización que deba entregar en autos; (ii) Es



indispensable que la Subtel fiscalice, de manera eficaz, el uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, tanto el ya asignado como del que se asigne en lo sucesivo, debiendo presentar un proyecto al efecto; y, (iii) se requiere que existan incentivos para el desarrollo de los operadores móviles virtuales, siendo especialmente relevante que puedan acceder a servicios mayoristas libres de estrangulamientos de márgenes y discriminaciones arbitrarias de precios.

b) A fojas 789 compareció la abogada Ximena Rojas Prosser en representación de Netline Mobile S.A., explicando, en lo atinente al mercado relevante, que éste presenta una serie de deficiencias que consisten, en síntesis, en: (i) El excesivo y permanente nivel de concentración del mercado y de derechos de uso de espectro por los operadores dominantes; (ii) la integración vertical de las incumbentes en el mercado mayorista y minorista, situación que requeriría controlar los posibles abusos de posición dominante; y, (iii) el escaso desarrollo de los operadores móviles virtuales, hecho que demostraría que no existen condiciones de competitividad suficientes en el mercado.

Sobre los caps propuestos, Netline expresó que el desprendimiento de espectro ordenado por la Sentencia de esta Corte Suprema Rol N° 73.923-2016 debe ser cumplido y, posteriormente, la autoridad sectorial competente podría



instar por elevar el límite vigente de 60 MHz.

c) A fojas 989, compareció la abogada Lorena Pavic Jiménez, en representación de WOM S.A., quien al comienzo de su presentación hizo alusión al mercado relevante, afirmando que éste presenta fallas estructurales y regulatorias que dificultan la competencia de operadores desafiantes respecto de los incumbentes, a quienes califica como "oligopolio". Sobre el espectro, indica que la Subtel habría errado al asignarlo sin consideración a la configuración de portafolios de espectro ni sus efectos en la competencia, no exigir un plan de manejo coherente, ni disponer medidas de fiscalización suficientes para monitorear el uso eficiente y no especulativo del espectro. Agrega, que la principal barrera para la entrada y expansión de un operador móvil real es la inequitativa distribución del espectro, si se considera que el 80% de las frecuencias licitadas para telefonía móvil se encuentran en poder de los incumbentes y, de aquella proporción, éstos cuentan con 100% de las asignaciones en las bandas bajas. Tal situación sería relevante, pues, por sus propiedades de propagación y capacidad, no todas las bandas de frecuencia son equivalentes, sino que, por el contrario, éstas son complementarias. Por otra parte, los incumbentes cuentan con la tenencia de casi la totalidad de la banda 3.5 GHz, porción del espectro que se ha entendido como prioritaria para la primera etapa de implementación de





los servicios 5G.

Por lo dicho, para WOM resulta indispensable que se propenda hacia una distribución homogénea y equitativa del espectro, en atención a que éste es un bien escaso y un insumo esencial que determina los costos, la capacidad y la calidad del servicio de telefonía móvil, debiendo tenerse en cuenta que Chile pertenece al grupo de los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") más inequitativos en distribución de espectro, siendo uno de los tres países más inequitativos en la distribución de bandas bajas, realidad que confiere a los incumbentes una ventaja, dado que los operadores móviles necesitan contar con un portafolio de espectro suficiente y diferenciado para ser competitivos, especialmente con acceso a bandas bajas que permiten desplegar la red a costos suficientemente menores en zonas remotas, de manera tal que sin equidad se ve reducida la intensidad competitiva y se produce una ineficiencia desmedida en su uso.

De esta forma, para el aportante la propuesta de la Subtel resulta insuficiente y debe ser complementada de la siguiente manera: (i) Establecer caps que generen una mayor homogeneidad en la tenencia de espectro; (ii) velar por el cumplimiento de la Sentencia de esta Corte Suprema Rol N° 73.923-2016; (iii) asegurar el acceso de operadores desafiantes a un portafolio diversificado de espectro; (iv)



fiscalizar el uso efectivo del espectro asignado; (v) no reconocer a los incumbentes preferencia; (vi) exigir un plan de uso eficiente del espectro a todos los concesionarios; y, (vii) fijar un plazo para efectuar los ajustes a la tenencia de espectro. En concreto, WOM propone: (i) Establecer un *cap* en las bandas bajas de 50 MHz, sujeto a que la Subtel licite los 20 MHz disponibles en la banda de 700 MHz, de manera tal que, en caso contrario, se establezca un *cap* de 40 MHz; (ii) elevar el *cap* de las bandas medias bajas a 90 MHz; (iii) establecer *caps* en las bandas medias altas y altas de 80 MHz y 200 MHz, respectivamente, sujeto a que se garantice el acceso no discriminatorio a operadores desafiantes o nuevos entrantes para el desarrollo de 5G; (iv) implementar un plan de uso efectivo y eficiente del espectro para la totalidad de las concesiones y no solo a operadores que participen en futuros concursos; (v) reasignar espectro en caso de desuso y establecer umbrales objetivos y específicos de desuso permitidos; y, (vi) establecer todo lo anterior por medio de una transición paulatina.

Asimismo, WOM aportó los siguientes documentos y estudios: A fojas 989: (i) Informe denominado "*Asignación y uso eficiente del espectro en Chile: Prioridad en la agenda de política pública hacia la conectividad total*", elaborado por *Ovum*, en mayo de 2018; y, (ii) informe económico denominado "*Análisis del acceso y uso de la Banda en 700*



*MHz en Chile*", elaborado por Intelis - Centro de Análisis de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile para WOM, en abril de 2016. A fojas 1.814: Informe en derecho *"Sobre la potestad consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y como en su ejercicio se puede ver delimitado el ejercicio del derecho de propiedad de agentes económicos: El caso del desprendimiento de espectro radioeléctrico en el mercado de las telecomunicaciones"*, elaborado por Gabriel Zaliasnik, en marzo de 2019. A fojas 1.828: Informe económico denominado *"Evolución de la competencia de servicios de telecomunicaciones móviles"*, elaborado por Andrés Gómez-Lobo, en marzo de 2019. A fojas 1.939: (i) Informe denominado *"Medición de la independencia formal de autoridades regulatorias telecomunicaciones utilizando una adaptación del índice Gilardi"*, de la *International Telecommunications Union ("ITU")*, del año 2016; (ii) capítulo tercero sobre políticas de espectro del informe de la OCDE, *"Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit"*, del año 2016; y, (iii) informe del *Radio Spectrum Policy Group ("RSPG")*, denominado *"ERG-RSPG Report on radio spectrum competition issues. ERG-RSPG report on the management of radio spectrum in order to avoid anticompetitive hoarding"*, del año 2009. A fojas 2.003: El informe técnico elaborado por *Aetha Consulting*, titulado *"Assessment of proposed spectrum caps and policy in Chile"*. Y, a fojas 2.009:



Informe económico elaborado por *Butelmann Consultores*, titulado "*Límites a la tenencia de espectro radioeléctrico*", de marzo de 2019.

d) A fojas 1.123, comparecieron los abogados Julio Pellegrini Vial y Pedro Rencoret Gutiérrez, en representación de Claro Chile S.A., quienes, en lo pertinente, estiman que la situación en que se encuentra el mercado es mejorable, a través de medidas que promuevan la competencia y el uso eficiente del espectro, pero siempre respetando las concesiones previamente otorgadas y la no afectación de la calidad del servicio brindado a los consumidores finales y mayoristas, concordando con la necesidad de adoptar medidas que eviten el acaparamiento de espectro, diseñadas e implementadas de manera tal que promuevan la inversión en infraestructura. También adhiere a la necesidad de aumentar los límites o *caps* y distinguir entre bandas, proponiendo lo siguiente: (i) En bandas bajas (700 MHz, 850 MHz y 900 MHz): 70 MHz; (ii) En bandas medias bajas (1.900 MHz, 2.100 MHz y 2.600 MHz): 80 MHz; (iii) En bandas medias altas (3.500 MHz): 100 MHz; y (iv) para bandas altas (27.5 MHz a 28.35 MHz): 200 MHz, pudiendo ser elevado a 400 MHz de producirse descubrimientos sobre la utilidad de las bandas.

Insiste en que la adecuada implementación de los *caps* sugeridos requiere de ciertas condiciones esenciales para no generar grandes costos al mercado, vulnerar derechos de



los operadores y afectar la calidad de servicio, debiendo fijarse estos límites con la holgura necesaria para que puedan mantenerse estables en el tiempo, asunto relevante al ser la única forma de mantener la certeza y confianza en el mercado. En cualquier caso, estima ineficiente establecer una distribución homogénea e inmediata del espectro, pues supone afectar concesiones ya utilizadas. Por el contrario, se manifiesta partidaria de políticas a ser implementadas de manera gradual y paulatina, en concursos abiertos y no discriminatorios.

En lo relativo a las medidas complementarias desarrolladas por la Subtel, Claro manifiesta su conformidad con los siguientes aspectos: (i) Implementar políticas de acceso abierto a infraestructura y servicios, las que, además de promover la competencia, permitirían paliar diferencia digital que existe entre los sectores urbanos y rurales; y, (ii) establecer obligaciones de *roaming* nacional, universal y recíproco, o como mínimo en zonas rurales, y obligaciones de compartición de infraestructura. Por el contrario, expresa su oposición a las siguientes medidas: (i) Establecer nuevas obligaciones de oferta de facilidades; (ii) dar a la Subtel o la FNE nuevas facultades de monitoreo de estas medidas; (iii) la obligación de presentar planes de uso eficiente y efectivo con sanciones ante el incumplimiento, ya que sería una medida perjudicial para la eficiencia del mercado, restando



dinamismo y flexibilidad; (iv) establecer criterios de asignación que contemplen exclusiones respecto de determinados operadores, por cuanto infringirían los artículos 2 y 8 de la Ley General de Telecomunicaciones, y habrían sido calificados por este tribunal como una medida discriminatoria e ineficiente; y, (v) establecer sanciones por medio de este procedimiento de consulta, al tratarse de un asunto de reserva legal. Por último, en lo relativo a las medidas específicas aplicables a los concursos 5G, solicita considerar la existencia del principio de la evolución y de la neutralidad tecnológica.

Junto con sus alegaciones, Claro Chile aportó los siguientes antecedentes: A fojas 1.123: Reporte de la Subtel titulado *"Informe Telecomunicaciones, Tercer Trimestre 2018"*, de noviembre 2018. A fojas 2.248: Informe técnico-económico denominado *"Spectrum caps en Chile"*, elaborado por Juan Pérez Retamales y Vladimir Marianov Kluge. A fojas 2.525: (i) Informe denominado *"900 MHz and 1800 MHz band refarming case study Denmark"*, emitido por GSMA el 24 de noviembre de 2011; (ii) informe titulado *"Arrangements for the renewal of radio spectrum management rights used for celular services"*, elaborado por la oficina del Ministro de Comunicaciones de Nueva Zelanda; (iii) informe emitido por el Ministerio de Negocios, innovación y Empleo de Nueva Zelanda, titulado *"Renewal of Managment Rights in the 1800 MHz and 2L00 MHz bands. Discusison*



*document*", de abril de 2018; (iv) declaración de la Autoridad de Comunicaciones y del Secretario para Comercio y Desarrollo Económico de Hong Kong, emitida el 15 de noviembre de 2013, llamada *"Arrangements for the Frequency Spectrum in the 1.9 - 2.2 Band upon Expiry of the Existing Frequency Assignments for the Provision of 3G Mobile Services and the Spectrum Utilisation Fee"*; (v) publicación del Real Decreto N° 45812011, en el número 79 del Boletín Oficial del Estado de España de 2 de abril de 2011; (vi) informe elaborado por *NERA Economic Consulting*, de 30 de noviembre de 2011, denominado *"900 MHz and 1800 MHz band refarming case study France"*. A fojas 2.564: Informe en derecho *"Acerca de los efectos que tendría en los consumidores finales un desprendimiento forzoso e inmediato de espectro radioeléctrico respecto de Claro Chile S.A. y de su vinculación con la consulta formulada por Subtel ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol NC 448-2018"*, elaborado por Andrés Herrera Troncoso.

e) A fojas 1.308 compareció el abogado Cristóbal Eyzaguirre Baeza, en representación de Entel PCS Telecomunicaciones S.A., acotando que, a su entender, el procedimiento de consulta posee una finalidad preventiva que, en materia regulatoria de libre competencia, se traduce en un análisis dual: (i) Determinar si efectivamente existe una falla o ineficiencia de mercado que deba ser corregida por intervención regulatoria; y,



ante la afirmativa, (ii) someter las medidas regulatorias que se solicitan a un análisis costo-beneficio; aspectos, ambos, que no se desarrollan en la consulta de marras. En este sentido, el operador afirma que no existiría una falla en el mercado que sea necesario corregir por medio de los caps, dado que éste es competitivo y, en segundo orden, un análisis costo-beneficio llevaría a concluir que las medidas adicionales son innecesarias, contraproducentes e, incluso, inconstitucionales.

En concreto, para Entel los caps son innecesarios y constituyen una medida regulatoria extrema e intrusiva. No se justificaría limitar artificialmente, de forma arbitraria y con independencia de la eficiencia relativa, la porción de espectro que puede ostentar cada operador, al no existir, a su juicio, acaparamiento de espectro por los operadores presentes en el mercado, sin que sea procedente forzar el ingreso de un nuevo agente, ante la inexistencia de concentración. Por la misma razón, tampoco procede redistribuir espectro, ya que no existe asimetría relevante en su tenencia, advirtiendo, acto seguido, que la determinación de límites de espectro puede llevar a errores atendido: (i) El carácter dinámico de las telecomunicaciones, tornando indeseable la imposición de caps fijos; (ii) el eventual desincentivo de la eficiencia asignativa y productiva; (iii) la potencial afectación del uso efectivo del espectro, al propenderse a un número de





operadores mayor que el eficiente, propiciando agentes que no utilizan el espectro adjudicado o que derechamente salen del mercado; (iv) la probable afectación del dinamismo de la industria, la innovación y el retardo del desarrollo tecnológico; y, (v) la derogación tácita o, al menos, el debilitamiento, de los controles efectivos caso a caso de las autoridades de libre competencia.

En lo que dice relación con las medidas complementarias propuestas en la consulta, Entel indica que éstas serían innecesarias, dañinas, y eventualmente inconstitucionales, puesto que: (i) Dotan a la Subtel y a la FNE de facultades de sanción y modificación de actos privados, no previstas en la ley; (ii) imponen la carga de contratar un consultor independiente para que realice las labores que la ley encomienda a la Subtel; (iii) pretenden condicionar la participación de incumbentes a nuevos concursos con requisitos no previstos en la Ley; y, (iv) son ajenas al objeto de la consulta, cuyo propósito dista de establecer regulaciones de carácter general.

Junto a sus alegaciones, Entel incorporó los siguientes instrumentos: A fojas 1.308: (i) Informe en derecho titulado "*Legalidad de la Resolución Exenta N° 1.289 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones*", elaborado por don José Miguel Valdivia; (ii) informe en derecho titulado "*Acerca de la improcedente 'suspensión' establecida por una resolución exenta que afecta el*



*ejercicio de un derecho otorgado por un decreto vigente"* elaborado por don Ramiro Mendoza Zúñiga. A fojas 2.192: (i) Informe titulado *"Reflexiones sobre asignación de espectro radioeléctrico y libre competencia"* elaborado por don Juan Pablo Montero; (ii) informe titulado *"Justificación de Límites de Espectro Radioeléctrico en la Industria de Telefonía Móvil en Chile"* elaborado por don Aldo González; (iii) informe titulado *"Spectrum Cap Regulation"* elaborado por *Cullen International* en 2018; (iv) informe titulado *"Sobre las Atribuciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para Limitar el Espectro Radioeléctrico a que Puede Acceder un Prestador de Servicios Avanzados de Comunicaciones Móviles"* elaborado por los profesores Francisco Zúñiga y Boris Santander en enero de 2019; y, (v) informe titulado *"Asignación de Espectro en Chile: Análisis de la Situación Actual Frente a la Implementación de la Quinta Generación de Tecnologías Móviles o 5G"*, elaborado por Consultoría IDC Chile en diciembre de 2018.

f) A fojas 1.388 compareció el abogado Felipe Cerda Becker, Fiscal Nacional Económico (S), quien precisó que el mercado relevante relacionado con la consulta es el de los servicios de telecomunicaciones fijos y/o móviles provistos a través de medios inalámbricos -es decir, que requieren de uso de espectro radioeléctrico-, tanto mayoristas como a usuarios finales (como telefonía o banda ancha, entre



otros), excluyéndose aquellos usos específicos asociados a servicios estratégicos y/o de investigación que cuentan con marcos reguladores especiales y/o de carácter internacional, tales como servicios de aficionados a las telecomunicaciones, de frecuencias patrón y de señales horarios, de radiolocalización, meteorología, radioastronomía o radionavegación aeronáutica o marítima, la radiodifusión (sonora y televisiva) y las diversas variantes de los servicios satelitales.

Sobre la fijación de límites a la tenencia de espectro, la FNE aseveró que, si bien los caps se habrían utilizado como medio para instar por la entrada de nuevos operadores, presentarían resultados ambivalentes en el largo plazo, pues ciertos entrantes no logran consolidarse en el mercado. Así, la determinación de caps debe orientarse hacia un balance entre evitar prácticas anticompetitivas, como el acaparamiento y el uso ineficiente de bandas de espectro, y no constituir una barrera al crecimiento de los operadores eficientes que requerirán cada vez de más espectro. Desde otro punto de vista, los operadores deben acceder a un portafolio de espectro para que detenten una combinación razonable de bandas según sus características técnicas y, con ello, complementar sus distintos modelos de negocios. La FNE coincide con aportantes anteriores sobre la conveniencia de establecer caps flexibles y fijados en instrumentos de



fácil adaptación, característica que, incluso, puede permitir a largo plazo su eliminación. Asimismo, los *caps* deben incluir otras formas de adquisición por parte de un operador, tales como transferencia de concesiones o cambios en el uso de bandas preexistentes, debiendo evitarse que se individualicen las bandas específicas sobre las que aplica, pues la regla debiera permitir la incorporación automática de aquellas posibles nuevas bandas que se estandaricen para estos servicios o se transformen en idóneas técnica y económicamente para ello. En concreto, la FNE propuso dos fórmulas para la fijación de *caps*, ambas con criterios de flexibilidad, dinamismo y ajustabilidad automática: (i) Un mecanismo de porcentajes; o, (ii) un número o guarismo fijo de MHz máximos en bandas bajas, medias y altas, con un criterio de reajustabilidad definido ex ante. Además, los límites pueden o no ser diferentes en cada grupo de bandas (bajas, medias y altas), debiendo analizarse su superación ante cada escenario en que un operador pase a adquirir nuevo espectro, independiente de cuál sea su causa u origen, de manera tal que, en caso de exceder los *caps*, debe imponerse un plazo máximo para el adecúo a los límites fijados. Por último, la FNE propone que los límites sean aplicados en cada ámbito territorial específico y no sólo a nivel de bandas nacionales.

Sobre las medidas complementarias propuestas por la Subtel, la FNE se opone a su imposición, por tratarse de un



asunto que excede a los alcances de este proceso consultivo, y que depende de la distribución del espectro entre los operadores, asunto que, a su vez, está determinado por los *caps* que se fije. Por ello, estima necesario evaluar las medidas caso a caso y cuando las situaciones se verifiquen.

g) A fojas 1.488 comparecieron los abogados Sebastián Dufeu Abeliuk, Sebastián Morales Ramos y María de los Ángeles Mufdi Guerra, en representación de VTR Comunicaciones SpA, quienes, primeramente, coinciden con la necesaria elaboración de portafolios de espectro en que se combinen varias bandas, entendiéndose fundamental que exista competencia por la red, y no sólo confiar en los operadores móviles virtuales como solución, puesto que los operadores móviles reales son competidores más efectivos que controlan la innovación, los niveles de calidad y cobertura del servicio. Acto seguido, VTR propone las siguientes medidas de gestión del espectro: (i) El uso eficiente, a través del potenciamiento del mercado secundario de espectro o la incorporación de cláusulas "*úsalo o piérdelo*", inclinándose por la primera opción en conjunto con la reducción de costos de transacción; (ii) que el no uso del espectro no sea considerado, *per se*, un ilícito anticompetitivo; (iii) la necesidad de certeza jurídica en la regulación y sanciones; y, (iv) el respeto del principio de neutralidad en la asignación, que permitiría la adecuación de los



servicios aprovechando la el dinamismo tecnológico.

Respecto de los caps propuestos por la Subtel, asegura que ellos favorecerían a los incumbentes, entorpeciendo el crecimiento de VTR y WOM, puesto que no se fundamentan en una evaluación de las características técnicas de las bandas, de la misma manera que la Subtel abandona el criterio clásico de considerar como bandas iguales aquellas que sirven al mismo mercado. Por último, denuncia falta de claridad en la propuesta, a la hora de determinar las consecuencias para un operador que supere los límites de tenencia de espectro. Por estas razones, propone ajustar lo pedido a la luz de los siguientes principios: (i) La protección y promoción del proceso y la rivalidad competitiva entre los operadores; (ii) la administración y mejor uso posible del espectro definido por cada operador; (iii) la certeza jurídica y la estabilidad de las concesiones; (iv) la neutralidad tecnológica; y, (v) los caps deben ser aplicados en concursos futuros.

En específico, la propuesta de VTR consiste en: (i) Segmentar en atención a los rasgos técnicos de cada banda; y, (ii) organizar el espectro según el mercado relevante a que sirve la frecuencia.

En cuanto a las medidas complementarias, VTR manifiesta su conformidad con ellas, en tanto: (i) Promuevan la existencia de una oferta competitiva de colocalización de sitios por parte de los operadores



móviles; (ii) permitan la celebración de acuerdos de despliegue conjuntos de infraestructura (*Radio Access Network Sharing* o *RAN Sharing*); (iii) establezcan la posibilidad de transar los derechos de uso y goce exclusivo sobre el espectro (mercado secundario), incluso fraccionándolo; y, (iv) impongan la obligación de *roaming* nacional y remunerado.

h) A fojas 1.593 comparecieron los abogados Jaime Veloso Alcalde y Pablo Pardo Murillo, en representación de Telefónica Móviles Chile S.A. (en adelante, indistintamente, "Telefónica" o "Movistar"), quienes reconocen que el mercado mayorista presentaría dificultades de ingreso más intensas que el mercado minorista, formulando los siguientes alcances en este ámbito: (i) Afirman que la concentración de los mercados de telecomunicaciones en Chile es baja respecto de países comparables; (ii) esgrimen que el mercado posee un número de operadores relativamente alto; y, (iii) precisan que los precios de venta de los servicios de telefonía móvil a los consumidores son bajos respecto de otros países; razones, todas, que denotan lo innecesario de la intervención regulatoria propuesta por la Subtel, acotando que intervenciones anteriores habrían sido más perjudiciales que beneficiosas para el libre mercado.

Respecto a los *caps* propuestos, Movistar, sin perjuicio de lo que se ha venido diciendo, se inclina por



límites dinámicos que faciliten la adaptación del mercado, sugiriendo que: (i) Debe propenderse a una definición inclusiva de todas las bandas que pueden ser usadas para prestar servicios móviles; (ii) es necesario considerar a todas las empresas relacionadas a un mismo grupo empresarial; y, (iii) ha de ponderarse el espectro regional, asignado por la población potencial.

En concreto, Movistar propone: (i) Definir exhaustivamente las bandas que pueden ser utilizadas para prestar servicios móviles de voz o datos; (ii) para dichas bandas, establecer un límite de espectro total en porcentaje (30%) de forma adicional a los límites por tipo de banda; (iii) reconocer la sustitución entre bandas y permitir que las empresas compensen el exceso en una banda con un déficit en otra; (iv) en el espectro regional, ponderar la participación de la población de dichas regiones en el total del país; (v) que los límites consideren el espectro adquirido tanto en concursos como en operaciones de concentración horizontal, e incluyan todas las concesiones de un mismo grupo empresarial; (vi) en el hipotético caso que quede espectro sin utilizar, ampliar el límite hasta un máximo de 33,33%; (vii) redondear el *cap* al múltiplo entero superior de 5 MHz en bandas bajas y 10 MHz en bandas medias bajas; y, (viii) establecer un plazo máximo de ejecución de los nuevos *caps*, sugiriendo que éste sea de 36 meses.





Ahora bien, en lo relativo a las medidas complementarias, el aportante indica que consisten en regulaciones de política industrial, carecen de un análisis de impacto regulatorio y exceden la finalidad de la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al tratarse de asuntos materia de ley o de ejercicio de la potestad reglamentaria. Respecto de cada medida, indica: (i) En cuanto a compartición de infraestructura, no es posible realizar un análisis de impacto regulatorio con los antecedentes de la consulta; (ii) en lo relacionado con el *roaming* nacional obligatorio y temporal, supondría una disminución de la competencia "entre infraestructuras", existiendo, además, incentivos vigentes en este sentido, siendo innecesaria su regulación; (iii) en lo relativo a la oferta de facilidades y planes a los operadores móviles virtuales, debe explicitarse si se trata de una u otra obligación y no imponer ambas ofertas, debiendo abarcar a todos los tenedores de espectro, y el acuerdo ser económicamente viable para ambas partes; (iv) respecto de la compartición de infraestructura pasiva, la Subtel omite que más del 88% de las torres o soportes para sistemas radiantes móviles en uso son arrendadas y operadas por firmas independientes; (v) en cuanto al monitoreo permanente de las obligaciones antedichas, estima pertinente esclarecer el rol del monitoreo de la FNE y la Subtel, haciendo hincapié en que sólo por ley se puede



traspasar el rol fiscalizador de la Subtel a un particular; (vi) en lo atinente a la exigencia de un plan de uso efectivo y eficiente del espectro, expresa que, de imponerse, éste debe responder a estándares objetivos y transparentes, y ser exigible a todos los tenedores de espectro, presentes y futuros, pero la enajenación en caso de incumplimiento requiere una modificación legal que permita dicha sanción.

Movistar ofreció, junto con sus alegaciones, los siguientes instrumentos: A fojas 1.593: (i) Informe denominado "*WE Telecoms Update*", confeccionado por *Cullen International* el 6 de febrero de 2016; (ii) anexo titulado "*ARCEP validates mobile operator's proposal for a gradual pass-out of their national roaming agreement*", de 11 de julio de 2016; (iii) informe titulado "*Análisis de recomendaciones de la UIT sobre espectro en América Latina. Comprendiendo las asignaciones de espectro y su utilización*", confeccionado por la organización sin fines de lucro 5G Américas, en junio 2017; (iv) informe denominado "*Spectrum Caps*", elaborado por *Cullen International* el 25 de abril de 2019; (v) informe titulado "*Table I - Spectrum Caps in Latin America*", confeccionado por *Cullen International* en julio de 2018; (vi) informe titulado "*Brazil adopts new spectrum caps*", confeccionado por *Cullen International* el 12 de noviembre de 2018; (vii) informe denominado "*Peru consults on how to ensure*



*efficient use of radio spectrum*", elaborado por *Cullen International* el 4 de diciembre de 2018; y, (ix) informe titulado *"IFT consults on the design of spectrum efficiency metrics"*, elaborado por *Cullen International* el 5 de diciembre de 2018.

#### **IV. Dictamen.**

A fojas 3.209 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 59 de 2019, accediendo a la modificación del límite máximo a la tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, pero descartando la imposición de medidas complementarias, de la forma como se expondrá en lo venidero.

En primer orden, la resolución delimita el asunto controvertido, expresando que el hecho, acto o contrato consultado consiste en una prohibición establecida en una resolución judicial, tratándose, entonces, de un hecho existente, específico y suficientemente determinado, cual es revisar el límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil.

Relacionado con lo anterior, el TDLC descartó la imposición de las medidas complementarias propuestas por la Subtel, afirmando que, por un lado, a través de un procedimiento de consulta no es posible regular de manera general un mercado, mientras que, desde otra perspectiva, varias de las condiciones contenidas en la consulta son



inciertas y otras se encuentran dentro del ámbito de la competencia que la ley entrega al regulador.

Luego, el tribunal corrobora la variación o cambio en las condiciones del mercado relevante, según se expuso en el románico II precedente, llegando a concluir que las condiciones de competencia son muy diferentes a las que se tuvo a la vista a la hora de dictar la Resolución N° 27/08 y la sentencia de esta Corte Rol N° 4797-08, por las razones propuestas por la Subtel.

Sin embargo, expresa que las consideraciones que motivaron la fijación del límite que se revisa siguen vigentes, pues el espectro radioeléctrico es un bien escaso y la cantidad que posee cada operador impacta en sus costos. Por otro lado, la implementación de la tecnología 5G amerita, dadas sus características y necesidades técnicas, la revisión de los límites máximos de tenencia de espectro.

A continuación, el TDLC descarta la necesidad de fijar límites o *caps* en la macro banda media alta (6 GHz a 24 GHz), al no existir atribuciones y asignaciones para servicios móviles en frecuencias de ese rango. A su vez, concuerda con lo sugerido por la Subtel y algunos aportantes, en el sentido de promover la tenencia de "portafolios" de espectro, debido a la incidencia económica relacionada con las características y la cantidad de frecuencias que cada operador posee en una determinada



banda o macro banda, siendo indispensable la diversidad en la tenencia del espectro para la credibilidad de todo operador real.

Plantea diversas complejidades en la determinación concreta de los límites o *caps*, derivadas de los siguientes factores: (i) La eficiencia operacional, pues si los *caps* son muy restrictivos se podría obstaculizar el aprovechamiento de las economías de escala, manteniendo operadores menos eficientes, situación que generaría un aumento del precio al público y un empeoramiento de la calidad del servicio, mientras que, por el contrario, si los límites son muy laxos se podría afectar la competencia a través del acaparamiento de espectro, disminuyendo la presión competitiva y fomentando inversiones sub-óptimas; (ii) la eficiencia espectral, por cuanto la asignación de bloques de frecuencia contiguos disminuye los costos y evita la imposición de bandas de guardas, permitiendo la utilización de más canales; y, (iii) la desafiabilidad del mercado, entendiéndose necesario contar con, al menos, cuatro operadores móviles reales creíbles en el mercado.

Dicho lo anterior, y entrando ya al análisis metodológico que rodea la fijación de límites, el TDLC opta por establecer *caps* dinámicos, en su vertiente porcentual, y no fijos, pues así se reflejará directamente el nivel de concentración en la tenencia de espectro; se dotará a la



regulación de mayor flexibilidad, al ser adaptables a la asignación de nuevas bandas a los servicios de comunicaciones móviles en el futuro, evitando una nueva revisión por parte de la autoridad; y, por último, los caps porcentuales son coherentes con la propuesta de la Subtel, y lo dicho por los aportantes Movistar, CONADECUS, FNE y VTR.

Acto seguido, opta por la fijación de caps por macro banda, atendida la necesidad de los operadores de contar con "portafolios" de espectro, y a fin de evitar que algún agente acapare cierta porción del espectro haciendo inviable la entrada de operadores creíbles. En este ejercicio, elige la división del espectro en macro bandas realizada por el Comité Asesor para el Manejo de Espectro de EE.UU. (CAME), organismo que distingue entre macro bandas baja, media baja, media, meda alta, y alta.

Ahora bien, en lo vinculado con la implementación de la tecnología 5G, el tribunal concluye que los operadores móviles reales necesitarán de diversas porciones del espectro dependiendo del objetivo que se persigan, proyectándose la comercialización de servicios de banda ancha móvil mejorada (eMBB), ya sea en interiores o exteriores; comunicaciones masivas entre máquinas (mMTC), traducido en internet de las cosas, agricultura inteligente, ciudades inteligentes, etc.; y, comunicaciones ultra fiables de baja latencia (URLLC), concretada en



vehículos autónomos, aplicaciones médicas y automatización industrial; además de otras aplicaciones difíciles de prever.

Por último, la resolución descarta la simetría o distribución uniforme del espectro radioeléctrico, puesto que, en primer lugar, la asimetría existente tornaría difícil su implementación, mientras que, por otro lado, son precisamente los límites asimétricos aquellos que fomentan el uso eficiente y la competencia entre operadores.

Dicho lo anterior, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia procede a fijar los siguientes caps o límites de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico:

a) En la macro banda baja (frecuencias inferiores a 1 GHz): 35% por operador. Entiende justificada la presencia de menos operadores en esta porción del espectro, en atención a la escasez de ancho de banda, la dispersa densidad poblacional a lo largo de Chile y el aprovechamiento de las economías de escala, agregando que, de accederse a la propuesta de la Subtel, los tres operadores que exceden el 32% de tenencia no podrían participar en futuros concursos, asegurando la adjudicación del espectro a operadores que no enfrentarían competencia y, por tanto, no asegurarían calidad.

b) En la macro banda media baja (frecuencias de entre 1 GHz y 3 GHz): 30% por operador. Tiene en



consideración para ello que, por su capacidad de penetración, se proyecta que esta porción del espectro sea utilizada en la implementación del 5G en zonas urbanas. Además, atendida su versatilidad, se justifica la fijación de un límite menor que tienda a la simetría entre operadores, salvaguardando la competencia en zonas urbanas y asegurando la credibilidad de cuatro operadores.

c) En la macro banda media (frecuencias de entre 3 GHz y 6 GHz) el TDLC fija *caps* progresivos, considerando que se trata de una sola banda (3,5 GHz), que se proyecta sea utilizada para la implementación temprana e inmediata de la tecnología 5G. Esta banda posee un ancho de 500 MHz, encontrándose disponible sólo 250 MHz para ser proveídos para este fin, pues el saldo se encuentra asignado a otras formas de comunicación. Precisa que, para el óptimo desarrollo de la tecnología 5G, cada operador necesitará de entre 80 MHz y 100 MHz de espectro contiguo en esta banda, a fin de cumplir con los estándares técnicos internacionales, requisito que debe ser conciliado con la finalidad ya explicitada de contar con cuatro operadores creíbles. Así, ante la escasez de espectro y la urgencia en la implementación de la tecnología 5G, disntigue: (i) En el corto plazo, ordena la Subtel asegurar la competencia "en la cancha", no pudiendo subastar bloques contiguos que sean inferiores a 40 MHz por operador (mínimo técnico al efecto), precisando que en la primera subasta para





servicios móviles deberá contar con, al menos, 80 MHz de espectro para asegurar la existencia de dos operadores; (ii) en el mediano plazo, instruye a la Subtel para que, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, vele porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 40 MHz contiguos; y, (iii) en el largo plazo, regirá un cap del 30%, debiendo cada operador contar con 80 MHz contiguos.

d) En la macro banda media alta (frecuencias de entre 6 GHz y 24 GHz): No fija límites o caps, por las razones antedichas.

e) En la macro banda alta (frecuencias superiores a 24 GHz): También opta por la fijación de caps progresivos, al enfrentarse una dificultad similar, pues se trata de una porción del espectro destinada al desarrollo de la tecnología 5G, atendida la gran capacidad de transmisión de información de este tipo de frecuencias y su baja latencia, pero, sin embargo, sólo existe una disponibilidad de 850 MHz en la banda 28 GHz, en circunstancias que, para la prestación de un servicio óptimo, se espera que cada operador cuente con una tenencia espectral contigua de entre 800 MHz y 1 GHz, siendo esperable, además, que a futuro se desarrollen mercados especializados donde surjan agentes que requieran la asignación de espectro, a pesar de que su modelo de negocios no consista en actuar como operadores móviles. Así: (i) En el corto plazo, ordena a la



Subtel asegurar la competencia "en la cancha" adjudicando bloques contiguos que en suma no sean inferiores a 400 MHz (mínimo técnico) por operador, permitiendo la existencia de, al menos, dos operadores creíbles; (ii) en el mediano plazo, instruye a la Subtel que, haciendo uso de sus facultades de reordenamiento, vele porque existan al menos cuatro operadores con un mínimo de 400 MHz contiguos en esta macro banda; y, (iii) en el largo plazo, regirá un límite máximo de 25%, atendida la especificidad de los servicios que se proveerán, debiendo la Subtel, en cualquier caso, velar porque existan al menos cuatro actores con un mínimo de 800 MHz contiguos cada uno.

Por último, detallando la implementación de los límites antes mencionados, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordena: (i) Que ellos se apliquen sobre cada unidad territorial definida por la Subtel, sea regional o comunal; (ii) que el ajuste a los límites debe ser objeto de una transición paulatina, vale decir, debe realizarse con ocasión de futuros concursos para la adjudicación de derechos de uso sobre el espectro, de manera tal que los operadores que excedan los caps puedan participar en esos concursos luego de adecuar su tenencia a ellos; y, (iii) que la Subtel debe consultar al TDLC el límite máximo de tenencia de la macro banda media alta (6 GHz a 24 GHz) cuando decida concursar bloques de espectro en ese rango.



Contra la Resolución N° 59 de 2017, Netline Mobile S.A. y la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, dedujeron recursos de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**I. Reclamación de Netline Mobile S.A.:**

**Primero:** Que Netline Mobile S.A. propone la concurrencia de los siguientes yerros en la resolución antes resumida: (i) Afirma que ella viola el principio de congruencia y ha sido dictada con el vicio de *infrapetita*, transgrediendo el principio *Iura Novit Curia*, al haber omitido pronunciamiento respecto de las medidas complementarias propuestas por la Subtel y otros aportantes, así como respecto de la necesidad de cumplimiento previo de la de la sentencia de esta Corte Suprema Rol N° 73.923-2016 requerida por Netline, expresando que el TDLC debió decidir dichos asuntos por el sólo hecho de que se le haya requerido hacerlo, no siendo necesario haber citado expresamente el artículo 18 N°3 del DL N° 211; (ii) plantea que la resolución recurrida viola la cosa juzgada, al haber omitido hechos establecidos en la sentencia de esta Corte Rol N° 79.923-2016, oportunidad en que dio por concurrente el acaparamiento del espectro radioeléctrico por parte de los tres operadores reales incumbentes, sin que haya existido una modificación de



dicha situación de concentración; y, (iii) esgrime que la resolución recurrida viola lo resuelto en la Resolución N° 588 de 20 de diciembre de 2000 de la Comisión Resolutiva, instrumento en el cual se dio por establecida la obligación -aún vigente- de verificar, previo a cada concurso, el uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico.

En concreto, Netline formula las siguientes peticiones en su arbitrio: (i) Se disponga el control del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, de manera previa a cada futuro concurso, a fin que los participantes deban acreditar tal exigencia como requisito de participación; (ii) se establezca un límite general de tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico que no supere el 25%, de manera tal que en Chile puedan coexistir cuatro operadores móviles reales, impidiendo a los incumbentes que superen dicho límite el participar en nuevos concursos sin haber acreditado previamente el desprendimiento de parte de sus derechos; (iii) se imponga a los operadores móviles reales la obligación permanente de suministrar facilidades y servicios de reventa a operadores móviles virtuales, disponiendo de medidas efectivas de control de los precios mayoristas y minoristas, evitando prácticas de estrangulamiento de márgenes en contra de estos últimos; y, (iv) en subsidio de todo lo anterior, se deje sin efecto la resolución recurrida, disponiendo que se mantiene el límite vigente de 60 MHz por operador.



## II. Reclamación de CONADECUS:

**Segundo:** Que la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile en su arbitrio reconoce ciertos aspectos positivos en la resolución reclamada, tales como: (i) Conlleva un reconocimiento de la facultad de la Subtel para ordenar el espectro radioeléctrico; (ii) consagra una política pública para que existan al menos cuatro operadores móviles reales; (iii) establece un principio de transición paulatina; y, (iv) coincide en que el cap vigente de 60 MHz debe ser ampliado.

Precisa que, sin embargo, los límites porcentuales fijados por el TDLC resultan arbitrarios y carecen de fundamentos objetivos, habiéndose desatendido la propuesta de la Subtel de regular los caps en un 32%, guarismo que, si bien era excesivo y perpetuador de la homogeneidad, al menos era común en todas las macro bandas. Así, detalla los siguientes defectos presentes en la regulación contenida en la resolución reclamada: (i) En la macro banda baja, el argumento del TDLC sería errado pues se contrapone al objetivo mismo de la fijación de caps, que consiste en impedir que los operadores móviles reales dominantes acaparen o se apoderen de la mayor parte del espectro; (ii) en las macro bandas media baja y media, el TDLC fijó como



objetivo contar con al menos cuatro operadores móviles reales creíbles, pero ello no se condice con fijar el cap en 30% de la macro banda, debiendo haberse limitado a un 25% o menos; y, (iii) en la macro banda alta, si bien el límite de 25% es consistente con el objetivo de contar con cuatro operadores, no sería apto para aumentar la competencia en el mercado a través de la presencia de un mayor número de actores.

Refiere, en cuanto a la política pública para incentivar la existencia de más operadores móviles, que carece de valor que el TDLC hable de fomentar la competencia mediante la existencia de "al menos" cuatro actores, pues ya existe igual cantidad operadores móviles reales y, sumando a VTR que se encuentra en una situación incierta respecto de su red propia, son cinco las empresas con tal calidad. Por ello, una política pública pro competitiva debe apuntar a dejar la puerta abierta para el ingreso de un sexto operador móvil real, de modo asegurar la permanente desafiabilidad del mercado, objetivo que sólo se lograría fijando caps inferiores al 20% en cada macro banda.

Acusa la existencia de imprecisiones en la resolución en cuanto a las disposiciones programáticas para nuevos concursos en la banda de 3,5 GHz y 28 GHz. En cuanto a la primera porción del espectro, cuando el TDLC ha dispuesto el aseguramiento de la existencia de un mínimo de



asignación a dos operados móviles con 80 MHz de espectro para cada uno, no clarificó si pueden ser beneficiarios los operadores que ya poseen asignaciones en dicha banda (Entel -100 MHz-, Telefónica y Claro -50 MHz cada uno-), pues sólo Entel superaría el límite antedicho y debería entenderse excluido de futuros concursos. Asimismo, lo consecuente con una política de "al menos" cuatro operadores hubiese sido fijar un límite máximo de 40 MHz en esta banda. En todo caso, a entender del reclamante no tiene sentido fijar un límite mínimo en este procedimiento, pero de cualquier manera los 80 MHz indicados por el TDLC carecen de sustento técnico cuando la experiencia comparada (Reino Unido) habla de asignaciones de 40 o 50 MHz contiguos. A su vez, en lo relativo a la banda de 28 GHz, argumenta que se estima que el espectro disponible en esta banda sería, inicialmente, de 850 MHz, de manera tal que el mínimo de 400 MHz contiguos fijados por el TDLC equivale al 47% del total, no permitiendo la existencia de más de dos operadores, convirtiéndose en una disposición arbitraria que garantiza la concentración.

Arguye, acto seguido, que la resolución incurrió en otra imprecisión al no definir qué se debe entender por corto, mediano y largo plazo, para efectos de la implementación de los caps graduales en las macro bandas media y alta, resultando inaplicable tanto el concepto



contable como económico. Este defecto haría imposible fiscalizar el cumplimiento de esta parte de la decisión.

Por último, CONADECUS expresa que es indispensable implementar ciertas medidas de mitigación, tales como sistemas de ofertas mayoristas para operadores móviles virtuales y de *roaming* para operadores móviles reales de menor cobertura, de manera tal que las ofertas minoristas de los operadores móviles reales incumbentes puedan ser replicadas por los OMV y los OMR entrantes.

Por todo lo anterior, el reclamante formula las siguientes peticiones concretas a esta Corte: (i) Se instruya a la Subtel para que vele por eliminar las barreras de entrada a nuevos competidores, de modo que exista espectro disponible al menos para seis operadores móviles reales, y para que el espectro sea asignado con la debida homogeneidad en todas las bandas; (ii) se sustituyan todos los límites indicados en la Resolución N° 59/19 por la condición de que en las bases de futuros concursos para adjudicar nuevas bandas la Subtel defina al menos seis bloques o concesiones de modo de facilitar la potencial existencia de igual cantidad de OMR en el país; (iii) se establezca que en las bases para futuros concursos de bandas previamente utilizadas se exija como condición para participar que, luego de la adjudicación, el ganador no supere el 20% del espectro total de la correspondiente macro banda; y, (iv) se incorpore la obligación permanente





de los operadores móviles reales con poder significativo de mercado de disponer ofertas de servicios mayoristas para operadores móviles virtuales y para servicios de *roaming* nacional, elaborada sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos, transparentes, orientados a los costos, en condiciones económicamente viables y no discriminatorias, de modo que las ofertas al detalle puedan ser replicadas por los operadores móviles virtuales y reales.

### **III. Marco Jurídico**

**Tercero:** Que, para el adecuado análisis de las reclamaciones interpuestas, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta labor es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N° 211:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de*



*quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos 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”.*

Luego, el artículo 31 establece el procedimiento aplicable y el régimen recursivo, disponiendo en su inciso cúlmine: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.*

Finalmente, el artículo 27 prescribe: *“Las resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano.*



*Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.*

*Para seguir el recurso interpuesto no será necesaria la comparecencia de las partes. El recurso se conocerá con preferencia a otros asuntos, y no procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N°5° del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil.*

*La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, salvo lo referido al pago de multas, en lo que se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente. Sin embargo, a petición de parte y mediante resolución fundada, la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente”.*



**Cuarto:** Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es de naturaleza jurídica no contenciosa, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y un órgano requerido.

**Quinto:** Que, además, cabe precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso. Desde luego no hay duda de que el Tribunal referido, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de un hecho que, en el caso de marras, correctamente ha sido identificado como la revisión del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de comunicaciones móviles. Ello ocurre, entonces, en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver



consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado, al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *“prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”* (Domingo Valdés Prieto, *“Libre Competencia y Monopolio”*. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 612). Por otro lado, también es posible subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, en *“Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico”*. Abelardo Perrot, 2010. Página 315).



**Sexto:** Que, asentado lo anterior, como lo ha señalado antes esta Corte, resulta indudable que el Decreto Ley N° 211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales (SCS roles N° 4.108-18 y 31.502-18).

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "*Constitución Económica*", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, asociándose la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al que se une la reserva legal en materia



de regulación económica, la igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, la igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies y, ciertamente, la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior, debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución o *"la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados -en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre"* (Víctor Avilés



Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998. Página 218).

**Séptimo:** Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto. Respecto de ésta garantía se ha dicho que *"si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en*





*el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales". Editorial Jurídica de Chile, 1999. Página 318).*

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de



tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo, de esta forma, que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como *"el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés*



*público” (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez en “Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia”, Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015. Página 333). Es así como “el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante” (Ibidem. Página 276).*

**Octavo:** Que, en concordancia con lo expuesto, puede indicarse que *“el legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares”*. En resumen, en el Estado Constitucional el Juez tiene el deber de dar protección a los derechos, *“especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social... El magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos”* (Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, “Fundamentos del proceso



civil, Hacia una teoría de la adjudicación”, Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010. Página 138).

**Noveno:** Que, finalmente, se debe precisar que esta Corte ha señalado que, a través del artículo 18, numeral 2°, del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

#### **IV. Análisis de la controversia.**

**Décimo:** Que, comenzando con el examen específico de las reclamaciones, se debe precisar que ellas, al igual que la consulta, los aportes y la resolución, pueden dividirse o seccionarse en dos aspectos diferenciables pero vinculados entre sí: (i) La fijación de límites o *caps* de espectro radioeléctrico y sus pormenores; y, (ii) la adopción de medidas complementarias diversas a dichos límites o *caps* que abonen a mejorar la competitividad, en y por el mercado de las comunicaciones móviles.

Es de esta manera, entonces, que se estructurará el razonamiento que se expondrá en los motivos venideros.



**A. En cuanto a los caps o límites de espectro.**

**Undécimo:** Que resulta destacable, primeramente, la existencia de amplio consenso entre todos los actores del mercado respecto de la necesidad de revisión de los límites vigentes de tenencia de derechos de uso del espacio radioeléctrico.

En este sentido, los 470 MHz actualmente atribuidos a los servicios de comunicaciones móviles derivan en la obsolescencia del cap de 60 MHz por operador, fijado en la SCS Rol N° 4797-2008, cuya vigencia fue reconocida por la SCS Rol N° 73.923-2016, pues su estricta aplicación a los cuatro operadores móviles creíbles en el mercado conlleva una amplia ociosidad en el uso de este insumo, consecuencia negativa que se agudizaría con las nuevas atribuciones en bandas medias y altas para la implementación de la tecnología 5G, porciones del espectro que, por sus propiedades físicas, poseen una gran amplitud.

Siguiendo con dicha idea, también es pacífico que las condiciones del mercado han variado sustancialmente entre la época de fijación del límite en revisión y la actualidad. En este sentido, ha resultado acreditado que el mercado relevante ha sido objeto de un fenómeno de convergencia entre los servicios de voz y datos, presentando estos últimos un gran incremento en su demanda. Asimismo, la cantidad de abonados se ha multiplicado varias



veces durante este periodo, bordeando, hoy, los 23 millones de clientes; mientras que, por otro lado, los tres operadores móviles reales relevantes existentes en 2007, hoy han pasado a ser cuatro, con la irrupción de WOM que, a la época de la consulta, alcanzaba un no despreciable 12% de participación.

Así, frente a todos estos aspectos objetivos planteados por el regulador y corroborados por los aportantes, esta Corte Suprema no puede sino concordar con la necesidad de modificar los límites de tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico.

**Duodécimo:** Que, sin perjuicio de lo dicho en el motivo anterior, persisten en el mercado circunstancias preocupantes que tornan necesaria la imposición de dichos límites o *caps*, contrario a lo sostenido por los aportantes que se han opuesto a tal regulación.

En efecto, si bien el índice de concentración del mercado relevante ha presentado una notoria disminución a partir de 2007, lo cierto es que sigue bordeando los 2.500 puntos HHI, tanto en el mercado de voz como de datos, así también como en la distribución misma del espectro radioeléctrico, medición que ubica a este ejercicio económico en el límite de lo altamente concentrado.

Resulta necesario destacar, además, que los tres operadores móviles reales incumbentes: Entel, Movistar y Claro, persisten hasta el día de hoy en un estado de



incumplimiento del límite de tenencia vigente -más allá de las propuestas de restitución, aun no materializadas, presentadas ante el TDLC-, realidad que necesariamente lleva a concluir que la desregulación en ningún caso sería eficaz para asegurar el buen comportamiento de los agentes y concretar el afán de proscripción de acaparamiento de este insumo esencial, principal consecuencia anticompetitiva que se pretende evitar a través de la imposición de *caps*.

**Décimo Tercero:** Que, zanjada la necesidad de imponer límites a la tenencia del espectro radioeléctrico y de modificar al alza aquél que actualmente se encuentra vigente, corresponde ahora estudiar las características de los *caps* a imponer, siempre dentro del abanico propuesto por la consultante y los aportantes, limitándose esta Corte Suprema a analizar dichas propuestas desde la perspectiva competitiva, sin inmiscuirse en aspectos técnicos.

En este ejercicio, un primer asunto correctamente dilucidado por el TDLC consiste en la conveniencia de fijar *caps* dinámicos y no fijos, y, dentro de ellos, porcentuales y no numéricos. A tal conclusión se ha de arribar si se considera que, por una parte, la inminente liberación de ancho de banda en 700 MHz, y la atribución de bandas medias y altas o milimétricas para el despliegue de la tecnología 5G, devela la notoria inconveniencia de acudir a límites fijos, por cuanto éstos deberían ser revisados cada vez que



la autoridad disponga agregar una porción de espectro a aquel que ya se encuentra en uso por los operadores de comunicaciones móviles. Asimismo, *caps* porcentuales llevan ventaja por sobre límites numéricos: Reflejan directamente la proporción de tenencia de derechos de uso por operador en el espectro radioeléctrico o una porción de él. Así, considerando que el objetivo primordial y directo de la imposición de límites consiste en evitar el acaparamiento, un marcador porcentual simplifica la labor del regulador al prescindir de cualquier operación aritmética para verificar el buen obrar de los agentes, y evita ejercicios interpretativos acomodaticios a intereses individuales.

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





debe ser evitado en toda su extensión y, por consiguiente, un límite o *cap* general carecería de aptitud para evitar la exclusión de operadores entrantes.

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

En concreto, en la macro banda baja encontramos tres bandas en actual uso: 700 MHz, 850 MHz y 900 MHz, con un espectro total de 140 MHz que se encuentran asignados en plenitud a los tres más grandes operadores móviles reales: Entel (50 MHz equivalente al 35,7%), Movistar (45 MHz equivalente al 32,1%) y Claro (45 MHz equivalente al 32,1%), vislumbrándose que, en lo inmediato, la autoridad regulatoria pondrá a disposición de los agentes otros 20 MHz en la banda de 700 MHz. Existe consenso en que este tipo de frecuencias resulta especialmente importante atendida su gran capacidad de cobertura y penetración, atributos que la hacen indispensable para la adecuada



prestación de servicios de comunicaciones en sectores rurales o de baja densidad poblacional -al disminuir los costos en infraestructura y acercarlos a la eficacia económica- y también en entornos urbanos -al ser aptas para brindar cobertura al interior de edificaciones sin necesidad e infraestructura *indoor*-.

Por su lado, la macro banda media baja conjuga cierto poder de cobertura con una mayor capacidad de transmisión de información, encontrándose actualmente en uso las bandas de 1,9 GHz, 1,7/2,1 GHz y 2,6 GHz, que conjuntamente poseen un ancho de 330 MHz, asignados en favor de los cinco operadores móviles presentes en el mercado: Entel (100 MHz equivalentes al 30,3%), Movistar (70 MHz equivalentes al 21,1%), Claro (70 MHz equivalentes al 21,1%), WOM (60 MHz equivalentes al 18,18%) y VTR (30 MHz equivalentes al 9,09%).

Luego, la macro banda media se compone sólo de la banda de 3,5 GHz que posee un ancho total de 500 MHz, encontrándose la mitad asignada a servicios de comunicaciones fijas. Su capacidad de cobertura y amplia aptitud de transmisión de información, proyectan a este rango de frecuencias como indispensables para la implementación temprana de la tecnología 5G.

A su turno, tal como fue constatado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la macro banda media alta no posee atribuciones para servicios masivos de



comunicaciones, y no se proyecta en el futuro inmediato que el regulador pretenda variar tal realidad.

Finalmente, la macro banda alta, que se encuentra en estudio para su estandarización internacional, posee una especial aptitud para los nuevos servicios que traerá aparejada la tecnología 5G, atendida su gran capacidad de transmisión de información y muy baja latencia.

Cabe precisar, que las propiedades reseñadas en los párrafos fueron descritas por la Subtel, los aportantes de información y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que resulte procedente o necesario innovar en este aspecto.

**Décimo Quinto:** Que, ahora bien, antes de determinar el límite preciso que regirá en lo venidero, corresponde resolver uno de los cuestionamientos centrales contenidos en la reclamación de Conadeus: La cantidad de operadores móviles reales que deben existir en el mercado de las comunicaciones móviles, siempre desde la perspectiva de la optimización competitiva.

En este aspecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia opta por propiciar la existencia de cuatro operadores móviles reales creíbles, entendiendo que la experiencia comparada se condice con tal objetivo, y este número resultaría óptimo para asegurar la desafiabilidad en el mercado.



A la hora de adoptar una posición sobre la materia, conviene acotar que la interrogante surge con motivo de dos características propias del espectro radioeléctrico: (i) Constituye un insumo esencial para el ingreso de actores en el mercado; y, (ii) es un bien escaso. De esta manera, al mercado relevante no pueden acceder tantos operadores como tengan interés en ello, sino que su número pasa por una decisión de autoridad.

Dicho lo anterior, ha sido demostrado en estos autos que la distribución del espectro radioeléctrico no encuentra un necesario correlato en el calibre de los operadores en el mercado minorista. Así, es un hecho asentado que VTR, que cuenta con una asignación de un 6,38% del total del espectro radioeléctrico en uso, sólo ha logrado una participación marginal del 0,99% en el mercado de voz y un 1,28% en el mercado de datos. Por el contrario, WOM, con un 12,77% de tenencia de derechos de uso sobre el total del espectro, alcanza un 16,58% de participación en el mercado de datos.

A ello hay que agregar, aunque parezca obvio, que los límites o *caps* constituyen el máximo de tenencia que puede asignarse a cada operador, pero no el mínimo. De esta manera, el objetivo de contar con un determinado número de operadores móviles reales en el mercado no implica, necesariamente, dividir el espectro disponible en cada macro banda por aquel número de agentes formando bloques



homogéneos, sino que la asignación final dependerá -más allá de los requerimientos técnicos- del interés y eficiencia que demuestre cada operador, siendo precisamente estos elementos -el interés y la eficiencia- los parámetros que llevan a esta Corte Suprema a coincidir con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a la necesidad de contar, por ahora, con cuatro operadores móviles reales creíbles, puesto que, primeramente, el último en adquirir tal característica -WOM- ha sido capaz de desafiar a los tres incumbentes históricos -Entel, Movistar y Claro- traspasando tal presión competitiva al precio de los servicios en el mercado minorista; en tanto que, por otro lado, no se ha demostrado que exista un quinto agente con un nivel de interés y eficiencia suficiente como para ameritar que, por el momento, se reserve una porción de espectro para su ingreso o despliegue.

**Décimo Sexto:** Que toca ahora estudiar la proporción a la que debe ascender el *cap* en cada una de las macro bandas, ejercicio para el cual se hará distinción entre cada una de las macro bandas antes detalladas.

a) En la macro banda baja: Contrastando la distribución actual del espectro con los límites dispuestos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, queda de manifiesto que los reclamados han preferido consolidar una situación de hecho preexistente, evitando forzar la adecuación o ajuste que ameritaría el propender hacia un



acceso más equitativo a este insumo esencial, desconociendo el objetivo autoimpuesto de contar con cuatro operadores móviles reales competitivos, contradiciendo la tantas veces recordada necesidad de cada operador de contar con portafolios de espectro, y omitiendo que durante años los operadores incumbentes han sostenido la magnitud de su tenencia en la transgresión del límite vigente.

En efecto, la única manera de cumplir con el objetivo recientemente explicitado de contar con cuatro operadores móviles reales competitivos consiste en fijar como límite un porcentaje que impida, de manera absoluta, que uno de ellos se vea privado de contar con asignaciones de espectro radioeléctrico en cada una de las macro bandas, premisa que, más allá de la fundamentación dada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no se alcanzaría a todo evento si en la macro banda baja se impusiera un límite equivalente al 35%.

Como se dijo, la distribución en esta zona se caracteriza por agotarse sólo en tres operadores móviles reales (Entel, Movistar y Claro), excluyendo a WOM, agente que sólo posee la mera expectativa de acceder a la pequeña porción que el regulador disponibilizaría en la banda de 700 MHz. Con todo, valga aquí reiterar que resulta indispensable que la deficitaria realidad distributiva ceda ante la necesidad de proscribir situaciones de acaparamiento y exclusión de operadores interesados y



eficientes, incluso si tal objetivo se ha de cumplir previa adecuación de la distribución del espectro, con los costos inherentes a ello.

Por todo lo dicho, atendidas las razones competitivas antedichas resulta necesario acoger las reclamaciones en este punto, sólo en cuanto se estará, en la macro banda baja, a la propuesta de la Subtel, por los motivos técnicos tenidos a la vista por el propio regulador y que esta Corte no revisará, fijándose el límite o *cap* en un 32% por cada operador, disminuyendo tres puntos porcentuales a los fijados por el TDLC.

b) En la macro banda media baja: El límite de 30% dispuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es congruente con el objetivo de contar con cuatro operadores creíbles, mejorando la propuesta realizada por la propia Subtel, no vislumbrando esta Corte razones suficientes para alterar lo decidido, no pudiendo prosperar las reclamaciones en este punto.

c) En la macro banda media: Más allá de reiterar lo dicho en el literal precedente respecto del límite final del 30% fijado en la resolución reclamada, la gradualidad incorporada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incurre en un defecto insalvable: La total indefinición de las etapas proyectadas, carencia que obstaría a la adecuada y oportuna verificación del cumplimiento de lo resuelto. Además, la necesidad de



implementar la tecnología 5G por etapas, a través de concursos de derechos de uso que respeten mínimos técnicos para su correcto desempeño, corresponde a una determinación propia del regulador sectorial, disociándose de un análisis propiamente competitivo -aspecto, se insiste, que es el único llamado ser revisado a través de este procedimiento-, que llevaría a concluir que la participación temprana de sólo dos operadores les conferiría una ventaja difícil de alcanzar para los agentes restantes. Por lo dicho, se aplicará en estas frecuencias un límite o *cap* de 30%, sin gradualidad.

d) En la macro banda media alta: Como se dijo, el TDLC abdicó de regular esta porción del espectro al no registrarse, ni actual ni futuramente, atribuciones de frecuencias para servicios de telecomunicaciones móviles, realidad suficiente como para compartir tal decisión. Así, se comparte la decisión contenida en la resolución reclamada, en el sentido de no fijar en esta zona límite alguno, sin perjuicio de que, de variar las circunstancias, este hecho sea objeto de una nueva consulta.

e) En la macro banda alta: Valga aquí reiterar las razones que llevan a estimar improcedente la gradualidad en la implementación del *cap*, debiendo agregarse que el 25% fijado como límite final supera la propuesta de la Subtel y correctamente propende a la generación de mercados especializados cuyos agentes requieran asignación de





espectro milimétrico. De este modo, regirá aquí un límite de 25%, tal como fue determinado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pero sin gradualidad.

**Décimo Séptimo:** Que, por último, coincidiendo con lo concluido en la resolución reclamada, las adecuaciones o ajustes a que dé lugar la implementación del *cap* que se ha venido diciendo, deberán ser hechas con motivo de futuros concursos, de manera tal que, para la adjudicación de nuevos derechos de uso sobre el espectro, todo oponente deberá acreditar no exceder -en ese momento o en un plazo que no superará de seis meses- los límites antes expresados en cada una de las macro bandas, sin importar a cuál de ellas pertenece la porción concursada.

**Décimo Octavo:** Que, epítome de lo dicho, las reclamaciones de Netline y Conadecus serán acogidas sólo en cuanto se rebajará el *cap* fijado en la macro banda baja en tres puntos porcentuales, desde el 35% dispuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al 32% propuesto por la Subtel en el punto N° 31 de su propuesta de fojas 1.756, suprimiéndose la gradualidad contenida en la resolución reclamada respecto de la aplicación del *cap* en las macro bandas media y alta, aspecto que no se encontraba contenido en la propuesta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

**B. En cuanto a las medidas complementarias:**



**Décimo Noveno:** Que, el segundo aspecto sobre el que versan las reclamaciones consiste en la procedencia y necesidad de adoptar una serie de medidas adicionales o complementarias orientadas a aumentar la competitividad en el mercado relevante, solicitadas inicialmente, todas ellas, por el organismo administrativo con competencia regulatoria sobre la materia, sostenidas por los aportantes y reiteradas en su reclamación por Netline Movable S. A..

Al respecto resulta pertinente reiterar que el Decreto Ley 211, en su artículo 18 dispone: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos 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"*.

Teniendo en consideración este marco jurídico, en la petición pertinente se requirió al TDLC y mediante las reclamaciones a esta Corte Suprema, imponer condiciones complementarias, las cuales, de acuerdo con la propuesta original de la Subtel y reclamada la omisión de disponerlas por el TDLC, reiterando por Netline Movable S.A. se



establezcan las siguientes medidas: "(i) *Roaming nacional obligatorio y temporal proporcionado por los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencias, pero que aún están en etapa de despliegue de las infraestructuras necesarias para competir plenamente con los primeros. La obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de proporcionar roaming para entrantes debe ser general a todas las bandas y por tanto excederá al concurso o banda específica del mismo;* (ii) *obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios a público que le resulta posible hacer al incumbente. Estas ofertas y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la FNE, previo informe de Subtel;* (iii) *compartición obligatoria de infraestructura pasiva de los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional, con otros operadores asignatarios de frecuencias, a precios y en condiciones no discriminatorias. La obligación debiera incluir la inversión para incrementar la capacidad de torres existentes, sea que la realice el entrante o incluso a través de obligaciones razonables de inversión para el incumbente, con un mecanismo claro y seguro de compensación*



*para cualquiera de ambos casos; (iv) monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Esta medida es esencial. Las condiciones del roaming, de las facilidades para OMV y de la compartición de infraestructura, pueden no ser funcionales al momento de aplicarlas, por falta de idoneidad en sí mismas o por actitudes refractarias del incumbente. En cualquiera de estos casos, ese H. Tribunal debiera encomendar a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, facilidades y compartición. El tipo de monitoreo debiera ser semejante al que la FNE suele exigir en materia de operaciones de concentración, esto es, la empresa monitoreada debe contratar a su cargo una auditoría independiente y que los auditores le reporten directa y exclusivamente a la FNE y a Subtel; (v) en todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva. Inicialmente la exigencia debe incluir también las frecuencias preexistentes al concurso, concesionadas al mismo operador en el pasado o adquiridos por éste. Dicho*



*plan deberá ser aprobado por Subtel antes de la solicitud de recepción de las obras de la concesión, siendo responsabilidad del adjudicatario presentarlo con la debida anticipación. La existencia de este plan deberá generar como consecuencia la aplicación del principio de que las frecuencias o su capacidad de transmisión que no se usen efectivamente conforme con el plan comprometido, deberá obligatoriamente ser puesta a disposición de terceros interesados, de diversos modos: a. Cesión de uso a otros OMR preferentemente entrantes o de menor tamaño, mediante mecanismos no discriminatorios y que le permitan al cedente sólo recuperar costos eficientes, pero no especular. Evidentemente, el cesionario deberá aceptar y garantizar el cumplimiento de los compromisos del plan de uso efectivo y eficiente de las frecuencias; b. Desinversión a terceros o devolución al Estado de las concesiones por incumplimiento del plan de uso; (vi) antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño; y, (vii) el incumplimiento de*



*estas medidas, que no sea oportunamente subsanado, aparte de las sanciones que pudiere ameritar, deberá inhabilitar al infractor para participar en cualquier concurso de asignación de concesiones que implique uso de frecuencias radioeléctricas”.*

**Vigésimo:** Que, en este apartado, un primer asunto que amerita ser analizado consiste en la extensión de la competencia de esta Corte Suprema para determinar las medidas que pueden ser impuestas en el mercado en que incide la consulta, más allá de la modificación del límite a la tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico.

Al respecto, se ha dicho reiteradamente que *“puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce... en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto, y ello en razón tanto de la estrecha vinculación existente entre dicha materia y las condiciones que se determinen o que puedan determinarse, como de las situaciones de influencia recíproca que pueden producirse*



entre ellas" (SCS Rol N° 4797-2008, citada, además, en SCS Roles N° 1531-18 y 24828-18).

Con todo, tal como se precisó respecto de la modificación a los caps o límites de tenencia, esta Corte Suprema se limitará a analizar las propuestas originales de la Subtel, reiterada por la aportante-reclamante Netline Movable S. A., desde una perspectiva estrictamente competitiva, sin inmiscuirse en asuntos técnicos que no han sido sometidos a la competencia de este tribunal, por lo cual estos últimos quedan entregados a la decisión de la autoridad regulatoria, como órgano encargado de elaborar e implementar la política pública nacional en materia de comunicaciones móviles.

Es, entonces, desde esta óptica, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley 211, que se analizará el problema en lo venidero.

**Vigésimo Primero:** Que, ahora bien, fue la propia Subtel quien en su presentación original (fojas 205) explicitó la necesidad de adoptar condiciones diversas y complementarias a los caps, indicando que *"resulta crucial la adopción de medidas que apunten a una adecuada y equitativa distribución de los derechos de uso sobre este recurso entre los operadores incumbentes, operadores de menor tamaño o nuevos entrantes. Adicionalmente, resulta también fundamental que lo anterior se complemente con otro tipo de medidas pro-competitivas, por cuanto el espectro se*



*convierte en realidad en una verdadera barrera a la entrada no sólo en sí mismo, sino al momento de apreciar otros factores asociados... la determinación de un límite máximo de tenencia debe estar inserta en un conjunto de condiciones de acceso al espectro radioeléctrico que garanticen la no generación de barreras excesivas, ni incremento de las ya existentes. Tales condiciones deben relacionarse con diversos aspectos asociados a la tenencia histórica de espectro...".*

Incluso la Fiscalía Nacional Económica en su informe de fojas 1.388 reconoce que "en el análisis de medidas como las propuestas por Subtel trasuntan relevantes consideraciones de competencia para este mercado", para luego oponerse a su imposición al entender que "para su correcta evaluación, debe existir, de modo previo, una tendencia y reglas claras respecto a cómo será la distribución futura del espectro entre los diversos operadores, para que, acto seguido, puedan adoptarse medidas correctivas o preventivas como las propuestas por Subtel, en caso de ser necesarias, para corregir eventuales fallas asignativas que surjan producto de esa misma distribución espectral". Vale decir, este organismo técnico no cuestiona la idoneidad de las medidas propuestas por el regulador, sino que es de parecer de analizar su necesidad una vez asentada la regulación de los límites o caps.





Es precisamente el alcance formulado por la Fiscalía Nacional Económica, el que lleva a la Subtel a no perseverar en la imposición de las medidas o condiciones complementarias, según consta en el punto 337 de su presentación de fojas 2.635.

**Vigésimo Segundo:** Que, sin embargo, la insuficiencia de los límites o *caps* para asegurar la existencia de un mercado competitivo queda en evidencia si se considera que, como se ha dicho, el índice de concentración existente en la distribución del espectro radioeléctrico es inferior al índice de concentración presente en el mercado minorista de servicios de comunicaciones móviles, realidad que necesariamente lleva a concluir que existen otros aspectos que inciden negativamente o ralentizan la presión competitiva y que ameritan ser objeto de corrección.

**Vigésimo Tercero:** Que, entonces, uniendo la situación que se ha descrito a la extensión de la competencia de esta Corte Suprema para imponer medidas respecto del hecho consultado, es que se analizará, ahora, una a una, la aptitud, idoneidad, necesidad y procedencia de las medidas adicionales propuestas, tal como figuran en la presentación de la Subtel, en cuya imposición se ha insistido a través de las reclamaciones.

**Vigésimo Cuarto:** Que, la primera de aquellas condiciones o medidas corresponde a la imposición de: *"Roaming nacional, obligatorio y temporal proporcionado por*



*los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencias, pero que aún están en etapa de despliegue de las infraestructuras necesarias para competir plenamente con los primeros. La obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de proporcionar roaming para entrantes debe ser general a todas las bandas y por tanto excederá al concurso o banda específica del mismo”.*

**Vigésimo Quinto:** Que, como quedó claro de lo ya expuesto, los contratos de *roaming* o itinerancia constituyen una de las dos aristas del mercado mayorista de telecomunicaciones móviles, y permiten a los terminales de clientes de operadores móviles reales entrantes acceder a la red de operadores móviles reales de mayor envergadura, en áreas donde, debido a la inexistencia de infraestructura del primer agente, éste no posee cobertura.

**Vigésimo Sexto:** Que, de lo dicho, se desprende que la medida, en abstracto, es claramente idónea para incentivar la competencia entre operadores reales consolidados y entrantes, puesto que permite a estos últimos ofrecer en el mercado minorista un servicio idéntico, en cuanto a su cobertura, a aquel ofertado por los primeros, gozando, el entrante, de la capacidad de convertirse en una opción creíble para consumidores que, de no mediar itinerancia, no estarían interesados en sus servicios por la menor



cobertura ofrecida. Así, de alcanzar un adecuado nivel de eficiencia, se esperaría que el operador entrante logre una participación de tal magnitud que, en cierto plazo, le permita el despliegue de infraestructura propia prescindiendo del servicio brindado por el incumbente e, idealmente, convertirse en un agente desafiante de aquellos ya consolidados, condición que, en la práctica y como ya fue dicho, no ha logrado alcanzar plenamente WOM en su condición de cuarto operador real.

**Vigésimo Séptimo:** Que lo antedicho no resulta desvirtuado por existir obligaciones similares impuestas en ciertas licitaciones, o encontrarse en tramitación un proyecto de ley que busca regular el asunto. En efecto, las estipulaciones incorporadas por el regulador en concursos específicos no hacen más que abonar a la idoneidad y conveniencia de contar con reglas de *roaming* obligatorio, en tanto que el proyecto de ley que consta en el texto refundido de los boletines N° 12.558-15 y 12.828-15, denota la necesidad de contar con reglas generales sobre la materia, que trasciendan a bandas o frecuencias específicas.

**Vigésimo Octavo:** Que, de esta manera, se accederá a la solicitud de los reclamantes, imponiéndose la primera medida adicional sugerida por la Subtel, tal como fuere propuesta originalmente por el regulador y ahora reiterada por el aportante reclamante Netline Movable S. A..



**Vigésimo Noveno:** Que la segunda condición o medida objeto de la controversia, versa sobre la: "*Obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios a público que le resulta posible hacer al incumbente. Estas ofertas y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la FNE, previo informe de Subtel*".

**Trigésimo:** Que, en este aspecto, nuevamente nos situamos en el mercado mayorista de las telecomunicaciones móviles, pero ahora en aquella vertiente que se vincula con las relaciones contractuales entre operadores móviles reales y operadores móviles virtuales, quienes, careciendo de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, pretenden competir con los operadores reales en el mercado minorista a través de la reventa de planes, mejorando la oferta al consumidor.

**Trigésimo Primero:** Que, cabe destacar, que tal vez sea en este asunto donde de mejor manera se aprecia la insuficiencia de la regulación preexistente para lograr los resultados pretendidos en el mercado, por cuanto ninguno de los operadores móviles virtuales ha logrado alcanzar una posición siquiera relevante, apareciendo que muchos agentes, luego de un tiempo, han cesado sus operaciones.



Es esta realidad y su contraposición con la experiencia comparada, el factor que denota la especial necesidad de adopción de medidas correctivas que, más allá de favorecer a una determinada unidad o conjunto de unidades económicas, deriven en un impulso competitivo en el mercado minorista de voz y datos que, como tantas veces se ha dicho, supera en concentración a la mera distribución del espectro radioeléctrico.

**Trigésimo Segundo:** Que cabe destacar que no es primera vez que esta Corte Suprema se ve en la necesidad de emitir pronunciamiento sobre esta materia, sino que se está en presencia de una situación competitivamente deficitaria que se ha arrastrado a lo largo del tiempo.

Ya en 2011 se sancionó a Entel, Telefónica y Claro por haberse negado injustificadamente a ofrecer servicios a los operadores móviles virtuales que lo solicitaron, quienes *"se han visto impedidos de actuar en el mercado pues les ha sido imposible acceder al insumo esencial para la provisión del servicio público de telefonía móvil, esto es, el espectro radioeléctrico"*, afirmándose expresamente que *"no existen condiciones competitivas para acceder a ese insumo ante lo cual un OMV debe obtener oferta de facilidades de modo de hacer efectivas las comunicaciones entre suscriptores de diferentes compañías"* (SCS Rol N° 7781-10).

A su vez, ha resultado acreditado que, en la actualidad los cuatro operadores móviles virtuales



subsistentes (Netline, Simple, Virgin y Telsur) poseen contratos con un único OMR, realidad que explicita que el problema que se viene desarrollando no sólo tiene incidencia en el mercado minorista, sino también en el mayorista.

**Trigésimo Tercero:** Que, así, la medida propuesta e insistida por los reclamantes figura no sólo como apta, idónea y necesaria para fomentar la competitividad en el mercado, sino que resulta indispensable para la concreción de una aspiración que durante años se ha visto frustrada.

**Trigésimo Cuarto:** Que, entonces, se accederá en este aspecto a complementar la resolución reclamada, imponiéndose la segunda medida adicional sugerida por la Subtel, tal como fuere propuesta originalmente por el regulador y reclamada por Netline Movable S. A..

**Trigésimo Quinto:** Que la tercera medida adicional o complementaria requerida por la Subtel e insistida por los reclamantes consiste en la: *"compartición obligatoria de infraestructura pasiva de los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional, con otros operadores asignatarios de frecuencias, a precios y en condiciones no discriminatorias. La obligación debiera incluir la inversión para incrementar la capacidad de torres existentes, sea que la realice el entrante o incluso a través de obligaciones razonables de inversión para el*



*incumbente, con un mecanismo claro y seguro de compensación para cualquiera de ambos casos”.*

**Trigésimo Sexto:** Que, en este aspecto y contrario a lo que se concluyó respecto de las dos medidas anteriores, esta Corte Suprema llega a la convicción de que la propuesta resulta inconveniente e innecesaria.

**Trigésimo Séptimo:** Que la compartición obligatoria de infraestructura pasiva resulta innecesaria si se considera que, como se dijo, los OMR incumbentes que poseen cobertura nacional se verán compelidos a suministrar *roaming* a los OMR entrantes, medida que busca una idéntica finalidad a la compartición: Que los operadores titulares de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico, pero que carecen de un despliegue completo de infraestructura, puedan ofrecer a sus clientes cobertura en áreas donde, usando su propia red, no la podría brindar.

Asimismo, la carga que aquí se discute ya es objeto de profusa regulación en la Ley N° 20.599, cuerpo normativo que ha fijado las exigencias necesarias para la colocalización, entendiéndola como una obligación, e incluso ha puesto a disposición de los concesionarios requirentes un procedimiento administrativo de reclamación en caso de denegación por el concesionario requerido.

**Trigésimo Octavo:** Que, por otro lado, la imposición compulsiva de la obligación de resulta inconveniente, si se considera que el acceso a *roaming* a que se ha hecho alusión



en el considerando anterior posee un carácter meramente temporal, pues el interés competitivo llama a incentivar al operador entrante a desplegar lo más prontamente posible su propia infraestructura, adquiriendo independencia y, así, aptitud técnica para desafiar a los incumbentes; fomento o estímulo que se vería desmejorado si el entrante pudiese dilatar el despliegue de redes propias bajo pretexto de acceder a la infraestructura pasiva de los incumbentes.

Además, tal como explicó la Subtel y la Fiscalía Nacional Económica en sus intervenciones, uno de los objetivos del regulador consiste en fomentar el crecimiento de los operadores de infraestructura creados por la Ley N° 20.478, dedicados a la instalación y arriendo de torres soportantes de antenas a los distintos operadores móviles reales, ejercicio que podría verse obstruido si, en contrario, se fuerza la colocalización de nuevos transmisores en estructuras cuya propiedad pertenece, precisamente, a operadores móviles reales.

Por lo dicho, las reclamaciones serán rechazadas en este punto.

**Trigésimo Noveno:** Que la cuarta medida o condición adicional o complementaria requerida por la Subtel e insistida por los reclamantes se refiere al: *"monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Esta medida es esencial. Las condiciones del roaming, de las facilidades para OMV y de la*





*compartición de infraestructura, pueden no ser funcionales al momento de aplicarlas, por falta de idoneidad en sí mismas o por actitudes refractarias del incumbente. En cualquiera de estos casos, ese H. Tribunal debiera encomendar a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, facilidades y compartición. El tipo de monitoreo debiera ser semejante al que la FNE suele exigir en materia de operaciones de concentración, esto es, la empresa monitoreada debe contratar a su cargo una auditoría independiente y que los auditores le reporten directa y exclusivamente a la FNE y a Subtel”.*

**Cuadragésimo:** Que, preliminarmente y tal como lo precisa la consultante, es menester resaltar que instituciones de estas características no son ajenas a la regulación competitiva. En efecto, la “Guía de Remedios” elaborada por la Fiscalía Nacional Económica contempla, en su Capítulo VI, puntos 87 y siguientes, la figura de los “supervisores de cumplimiento y desinversión”, caracterizados por ser individuos técnicamente idóneos, independientes, propuestos y remunerados por las partes, aprobados por la FNE, quienes reportan de manera directa, periódica y confidencial a dicho organismo.

**Cuadragésimo Primero:** Que, en el caso de marras, una medida preventiva de estas características aparece no sólo



como necesaria, sino que resulta indispensable para el adecuado cumplimiento de las obligaciones de *roaming* y oferta que deberán cumplir los OMR en cuestión, 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), unido a la tantas veces mencionada persistencia de un alto nivel de concentración.

**Cuadragésimo Segundo:** Que, es relevante precisar, sin perjuicio de lo dicho, que en caso de detectarse incumplimientos atribuibles a los sujetos monitoreados, sea directamente por la Subtel o por la FNE, o a través de los auditores externos, los entes administrativos deberán someter su actuar a los procedimientos sancionatorios y a las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico vigente, siendo improcedente innovar por esta vía en ambos aspectos, por tratarse de materias de reserva legal, según lo dispone la Constitución Política de la República.

**Cuadragésimo Tercero:** Que, finalmente, es pertinente emitir pronunciamiento respecto de dos de las principales objeciones desarrolladas por los aportantes opositores a esta medida complementaria, quienes han cuestionado su legalidad al entenderla, en primer lugar, como una carga



que produce consecuencias patrimoniales negativas para los monitoreados, obligándolos a solventar los costos asociados a la contratación de los auditores, mientras que, en segundo orden, se estaría delegando en particulares las facultades de fiscalización que el ordenamiento jurídico entrega a la Administración.

Respecto del primer asunto, incluso asumiendo como ciertas las consecuencias expresadas por los aportantes que han resistido a esta medida, lo cierto es que una eventual afectación al derecho de propiedad de los obligados se ampararía en lo expresamente dispuesto en el artículo 18 N° 2° del Decreto Ley N° 211, cumpliéndose, así, con la exigencia prevista en el artículo 24, inciso 2°, de la Constitución Política de la República. Asimismo, esta imposición se enmarca en las facultades conferidas a esta Corte Suprema en un procedimiento de consulta, según se desarrolló en el Capítulo III de este fallo, siempre dentro del ámbito de un análisis puramente competitivo.

En cuanto al segundo reproche, no puede sino disentirse de lo expresado, por cuanto la función de los auditores ha de entenderse como una actividad colaborativa ejercida por los propios sujetos monitoreados, comenzando el quehacer administrativo a la época de recibir los reportes periódicos, información que deberá ser procesada y analizada por los organismos públicos llamados a hacerlo,



en uso de la potestad fiscalizadora y, eventualmente, sancionatoria que les confiere la ley.

**Cuadragésimo Cuarto:** Que, por lo que se ha venido diciendo, se accederá a la solicitud de los reclamantes, imponiéndose la cuarta medida adicional sugerida por la Subtel, tal como fuere propuesta originalmente por el regulador.

**Cuadragésimo Quinto:** Que la quinta medida o condición adicional o complementaria propuesta por la Subtel e insistida por los reclamantes, se ha hecho consistir en que: *"en todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios, con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras, que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva. Inicialmente la exigencia debe incluir también las frecuencias preexistentes al concurso, concesionadas al mismo operador en el pasado o adquiridos por éste. Dicho plan deberá ser aprobado por Subtel antes de la solicitud de recepción de las obras de la concesión, siendo responsabilidad del adjudicatario presentarlo con la debida anticipación. La existencia de este plan deberá generar como consecuencia la aplicación del principio de que las frecuencias o su capacidad de transmisión que no se usen efectivamente conforme con el plan comprometido,*



*deberá obligatoriamente ser puesta a disposición de terceros interesados, de diversos modos: a. Cesión de uso a otros OMR preferentemente entrantes o de menor tamaño, mediante mecanismos no discriminatorios y que le permitan al cedente sólo recuperar costos eficientes, pero no especular. Evidentemente, el cesionario deberá aceptar y garantizar el cumplimiento de los compromisos del plan de uso efectivo y eficiente de las frecuencias; b. Desinversión a terceros o devolución al Estado de las concesiones por incumplimiento del plan de uso”.*

**Cuadragésimo Sexto:** Que, la exigencia en comento abona directamente a la mitigación del principal riesgo anticompetitivo presente en el mercado relevante, consistente en el acaparamiento del espectro radioeléctrico, cuyo efecto indeseado no se agota en el exceso de tenencia de derechos de uso y la eventual exclusión de competidores por falta de acceso a este insumo esencial, sino que el reproche se intensifica para el caso de que dicha tenencia excesiva diga relación con espectro radioeléctrico ocioso, puesto que, en tal caso, no sólo se podría afectar el precio del servicio ofrecido en el mercado minorista, sino también podría conllevar una merma en su calidad, por vía de una menor eficiencia.

En este orden de ideas, como quedó asentado en lo expositivo, las dos grandes máximas que orientan la política competitiva en el mercado de las comunicaciones



móviles consisten, precisamente, en la proscripción del acaparamiento y la promoción del uso efectivo y eficiente del espectro radioeléctrico, premisas que, a través de la medida o condición que aquí se analiza, se ven necesariamente optimizadas, realidad que lleva a entender que esta propuesta resulta indispensable para una adecuada resolución del hecho consultado.

**Cuadragésimo Séptimo:** Que, lo dicho no implica necesariamente que el espectro concesionado deba ser íntegramente usado por el titular durante toda la vigencia de la concesión, sino que, por el contrario, perfectamente un operador podría obtener la tenencia de una mayor porción que aquella que inicialmente se encuentra en condiciones de usar, siempre y cuando en el plan presentado ante la autoridad proyecte razonablemente su uso, y cumpla cabalmente con aquella proyección.

**Cuadragésimo Octavo:** Que, de esta manera, se accederá a la solicitud de los reclamantes, imponiéndose la quinta medida adicional sugerida por la Subtel, tal como fuere propuesta originalmente por el regulador.

**Cuadragésimo Noveno:** Que la sexta medida sugerida por el consultante y objeto de insistencia por los reclamantes, se refiere a que: *"antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores*



*incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño”.*

**Quincuagésimo:** Que, reiterando aquí todo lo dicho respecto de la condición anterior, es pertinente precisar que esta medida busca, de manera preventiva, maximizar la eficiencia del uso del espectro radioeléctrico evitando su adjudicación a agentes que se poseen la capacidad de brindar igual servicio con aquellas frecuencias cuya titularidad ya les corresponde, destacándose la armonización entre el uso eficiente del espectro como premisa técnica, y la calidad del servicio brindado al consumidor en el mercado minorista como objetivo competitivo.

**Quincuagésimo Primero:** Que, así, nuevamente se accederá a la solicitud de los reclamantes, imponiéndose la sexta medida adicional sugerida por la Subtel, tal como fuere propuesta originalmente por el regulador y reclamada por Netline Movable S. A.

**Quincuagésimo Segundo:** Que la séptima y última medida adicional o complementaria insinuada por la Subtel en el texto original de su consulta, e insistida por los reclamantes, pretende que: *“el incumplimiento de estas*



*medidas, que no sea oportunamente subsanado, aparte de las sanciones que pudiere ameritar, deberá inhabilitar al infractor para participar en cualquier concurso de asignación de concesiones que implique uso de frecuencias radioeléctricas”.*

**Quincuagésimo Tercero:** Que, como se expresó precedentemente, tratándose la inhabilidad propuesta de una sanción con consecuencias patrimoniales para el eventual afectado, e implicando, además, una restricción a la libertad para ejercer una actividad económica lícita constitucionalmente reconocida y protegida, su eventual imposición constituye una materia de reserva legal, no pudiendo ser entendida dentro de las facultades que el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 confiere a esta magistratura.

**Quincuagésimo Cuarto:** Que, por ello, independientemente de lo que pueda concluirse sobre su necesidad e idoneidad competitiva, en este aspecto las reclamaciones necesariamente deberán ser rechazadas.

**Quincuagésimo Quinto:** Que, por otro lado, aquellas medidas adicionales propuestas por la Subtel relacionadas con futuros concursos sobre bandas o frecuencias destinadas a la implementación de la tecnología 5G, no han sido objeto de insistencia por los reclamantes, sin que se vislumbre razón suficiente para alterar lo decidido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin perjuicio de lo que





pueda disponer el regulador en caso de surgir necesidades técnicas que lo ameriten.

**C. Consideraciones finales.**

**Quincuagésimo Sexto:** Que, finalmente, por haber sido requerida una decisión estos sentenciadores estiman indispensable emitir pronunciamiento expreso respecto de la influencia de lo que aquí se decidirá sobre el cumplimiento de lo resuelto el fallo de esta Corte Rol N° 73.923-2016, a fin de evitar ulteriores inconvenientes.

Tal como fue mencionado con anterioridad, aquella decisión reconoció la vigencia del límite o *cap* general de 60 MHz por cada operador móvil establecido en la sentencia dictada en esta sede el 27 de enero de 2009 en causa Rol N° 4.797-2008, ordenando, acto seguido, a Entel, Movistar y Claro: *"...desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que fue adquirida en el concurso de la banda 700, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada"*, confiriendo la Subsecretaría la facultad de consultar la ampliación del límite de 60 MHz o proceder derechamente a su adecuación al parámetro definido en sede jurisdiccional.

En la especie, lo ordenado motivó que se iniciara el cumplimiento incidental de aquella sentencia de término en causa Rol C-275-2014 de ingreso ante el Tribunal de Defensa



de la Libre Competencia -aun no afinado-, y, paralelamente, la Subtel optara por consultar la revisión del límite o *cap* a través de la consulta que dio origen a esta causa, y no conformarse con aquel que se encontraba vigente.

**Quincuagésimo Séptimo:** Que, en este orden de ideas, el hecho de que aquí se acceda a la ampliación sustancial del límite futuro de tenencia de espectro por operador, no puede significar, en caso alguno, que se prive de efectos a lo decidido precedentemente.

En efecto, se está en presencia de una sentencia firme y ejecutoriada -aquella dictada en causa Rol N° 73.923-2016- que reconoce la vigencia de otro fallo dictado en un procedimiento ya afinado -aquél pronunciado en causa Rol N° 4.797-2008-, decisiones que, en consecuencia, no pueden ser revisadas, modificadas, alteradas o dejadas sin efecto en este procedimiento, las que deben ser cumplidas, autónomamente, ante el tribunal competente para ello y conforme al procedimiento establecido en la ley.

**Quincuagésimo Octavo:** Que, de esta manera, se estima pertinente aclarar que el resultado de la consulta que dio origen a esta causa no puede ser entendido, en ninguna circunstancia, como óbice para la continuación del procedimiento de cumplimiento seguido en causa Rol C-275-2014 de ingreso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme al ordenamiento jurídico vigente.



**Quincuagésimo Noveno:** Que, por todo lo que se ha expresado en los motivos precedentes, las reclamaciones interpuestas por los aportantes Netline Mobile S.A. y Conaducus serán parcialmente acogidas, de la forma como se dirá a continuación.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, **se declara:**

**I. Que se acogen, sin costas, las reclamaciones deducidas por Netline Mobile S.A. y CONADECUS, en contra de la Resolución N° 59 de cuatro de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sólo en cuanto:**

**A. En lo relativo a los caps o límites de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico:**

Se modifica la citada Resolución N° 59/19 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, únicamente cuanto se rebaja el *cap* o límite fijado en la macro banda baja, desde el 35% dispuesto por en la resolución reclamada, al 32% solicitado por la Subtel en el punto N° 31 de su propuesta de fojas 1.756, suprimiéndose, además, la gradualidad en la aplicación del *cap* en las macro bandas media y alta, aspecto que no se encontraba contenido en la propuesta del regulador.



De esta manera, los límites o caps serán los siguientes:

- a) En la macro banda baja: 32% por cada operador.
- b) En la macro banda media baja: 30% por cada operador.
- c) En la macro banda media: 30% por cada operador, sin gradualidad.
- d) En la macro banda media alta: No se fijará límite.
- e) En la macro banda alta: 25% por cada operador, sin gradualidad.

**B. En cuanto a las medidas complementarias:**

Se accede a lo solicitado, en los términos expresamente requeridos originalmente por el organismo administrativo con competencia regulatoria en materia de telecomunicaciones y reiterados por los reclamantes, en orden a establecer medidas complementarias, y se procede a fijar las siguientes condiciones adicionales que deberán ser cumplidas con motivo de la implementación de los nuevos caps o límites de tenencia de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico:

- a) *"Roaming nacional, obligatorio y temporal proporcionado por los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional a los operadores asignatarios de frecuencias, pero que aún están en etapa de despliegue de*



*las infraestructuras necesarias para competir plenamente con los primeros. La obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de proporcionar roaming para entrantes debe ser general a todas las bandas y por tanto excederá al concurso o banda específica del mismo”.*

b) *“Obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para OMV, que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios a público que le resulta posible hacer al incumbente. Estas ofertas y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la FNE, previo informe de Subtel”.*

c) *“Monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y FNE. Se encomienda a la FNE y Subtel a fin de que vigilen y eventualmente sancionen el comportamiento del incumbente y puedan ajustar las condiciones de las ofertas y contratos de roaming, y facilidades. El tipo de monitoreo deberá ser semejante al que la FNE suele exigir en materia de operaciones de concentración, esto es, la empresa monitoreada debe contratar a su cargo una auditoría independiente y que los auditores le reporten directa y exclusivamente a la FNE y a Subtel”.*



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



e) *"Antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño"*.

**II. Que se rechazan las reclamaciones interpuestas por Netline Mobile S.A. y CONADECUS en todo lo demás.**

**III. Que lo aquí resuelto no puede entenderse como obstáculo para el cumplimiento de las sentencias de esta Corte Suprema Roles N° 73.923-2016 y 4.797-2008, debiendo proseguirse con la tramitación del cuaderno de cumplimiento de la causa Rol C-275-2014 de ingreso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como en derecho corresponda.**

**IV. Que cada parte pagará sus costas.**

**Se previene** que el Ministro señor Llanos concurre al fallo de mayoría (al que adhirió conforme a la regla del artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales), teniendo además presente:

**1°.-** Que el espectro radioeléctrico se encuentra definido en el Art. 2°, inciso segundo, de la Ley General



de Telecomunicaciones, en los siguientes términos: "(...) es un bien nacional, cuyo dominio pertenece a la Nación toda. En consecuencia: a) ninguna persona natural o jurídica puede atribuirse o pretender el dominio de todo o una parte del espectro radioeléctrico, b) las concesiones que se otorguen a personas naturales o jurídicas son, por esencia, temporales, y c) los beneficiados con una concesión podrán pagar al Estado el justiprecio por el uso y goce de la misma en conformidad a esta ley".

2°.- Que, por lo tanto, y teniendo el carácter de bien nacional, es de aquellos que, con arreglo al artículo 589 del Código Civil, su dominio "...pertenece a la nación toda". Así, es un bien de dominio público que "...pertenece a todos los habitantes de la Nación". Tal clase de bienes "...se encuentran afectos al fin de cumplir con un interés público determinado... (y) por la relevancia social y los intereses públicos que envuelven dichos bienes, el aprovechamiento común que se realice de ellos puede ser regulado por el Estado, a través del establecimiento de ciertos requisitos que condicionen su acceso" (Vid. Catalina Palma Urbina, "La regulación del espectro radioeléctrico", págs. 24-27, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138578/La-regulaci%C3%B3n-del-espectro-radioel%C3%A9ctrico.pdf?sequence=1>).

3°.- Que, asimismo, debe tenerse presente que el espectro radioeléctrico "...es un insumo esencial en las





telecomunicaciones inalámbricas, tanto de telefonía móvil, radio y televisión abierta, y corresponde al segmento de la atmósfera por el que viajan las ondas de energía que permiten el tránsito de la voz, los datos y el vídeo". Del mismo modo, "...es finito y de ahí que es muy importante el método de asignación y el aseguramiento de su uso eficiente"; y que siendo "...un recurso limitado es una barrera a la entrada al mercado de la telefonía móvil". Por tanto, se debe asignar a "...aquellos actores que se comprometen a desarrollar las inversiones necesarias para dar los servicios más rápidamente y llegar a más lugares con ellos". Una última consideración respecto de la asignación de este bien es que debe considerarse el precio al consumidor final de telefonía móvil, "...el que no está determinado por el mecanismo con el cual se asigna este bien nacional de uso público, sino que por cómo se distribuye entre los distintos operadores. En efecto, por un lado, como en todos los mercados, podemos esperar que haya más competencia al haber un mayor número de operadores. En este mercado en particular, además, se requiere que los competidores tengan acceso a una cantidad similar de espectro y, adicionalmente, debe haber homogeneidad en la distribución de los tipos de bandas para cada operador" (Todas las citas anteriores corresponden a Andrea Butelmann, "Espectro radioeléctrico y el mercado de la telefonía móvil" en



<https://www.observatorioeconomico.cl/index.php/oe/article/view/38>).

4°.- Que las consideraciones anteriores deben tenerse particularmente presente en la asignación del espectro radioeléctrico a los operadores del mismo, a fin de que ello sea coherente con los principios y fines de la normativa constitucional y legal destinada, por un lado, a evitar discriminaciones arbitrarias en el ejercicio de las actividades económicas (artículo 19 N° 2 y N° 21 de la Carta Fundamental), y por otro, a impedir que los agentes económicos desarrollen conductas destinadas a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, regulada en particular por el Decreto Ley N° 211, de 1973. Sigue de lo anterior que el no cumplimiento de los fines y principios antes señalados, aun cuando afectan directamente a los productores y competidores, repercuten finalmente en el consumidor final de los bienes o servicios.

5°.- Que, atendido lo anterior, la asignación del espectro radioeléctrico a los distintos operadores debe necesariamente considerar los antecedentes más arriba expuestos, no solo para salvaguardar la libre competencia en dicho mercado, sino que para que en definitiva no se traduzca en una afectación a los consumidores finales de los servicios de telefonía móvil.

Acordado **con el voto en contra** de las Ministras Sras. Sandoval y Vivanco, quienes fueron de parecer de rechazar



íntegramente ambas reclamaciones, en virtud de los siguientes argumentos:

1°.- Las ministras disidentes consideran que, si bien es parte del orden público económico previsto en la Constitución, un régimen que asegure los principios de la libre competencia, particularmente en mercados que operan sobre espacios limitados, como ocurre precisamente respecto del espacio radioeléctrico, al que acuden diversas actividades de telecomunicaciones como la telefonía, televisión, radiofonía, datos, etc., tal régimen no puede evitar la consideración de tres aspectos fundamentales cuando derive en restricciones, pretendiendo, precisamente, salvaguardar dicha libre competencia: (a) Que, en la materia, deben necesariamente contrastarse las aspiraciones de los incumbentes que quieren participar de un determinado mercado, con las reales posibilidades de éste, particularmente cuando los requisitos técnicos de operación (como la existencia de anchos de banda mínimos para operar) no admiten una participación amplia y diversa como en teoría se podría considerar, situación que se encuentra suficientemente bien documentada en el derecho comparado y ya ha sido evidenciada latamente a través de los documentos aportados en estos autos, amén de la literatura sobre telecomunicaciones; (b) Que tales restricciones han de compadecerse, además, con la ejercicio adecuado de los derechos del público de las



telecomunicaciones, que requiere de un servicio pronto, efectivo y lo suficientemente versátil para adaptarse a los progresos tecnológicos que, en el área, son extraordinariamente veloces, pues de lo contrario y en aras de pretender una mejor distribución de espacio y unas potenciales mejores posibilidades de elegir por parte del público -respecto del incumbente que les preste el servicio- se podría llegar al desafortunado resultado de transformar los procesos de desarrollo de las telecomunicaciones en inútiles o ineficientes, provocando un generalizado atraso en el acceso a un servicio que ha resultado ser de primer orden, como se ha demostrado precisamente en el período de alerta sanitaria que nuestro país ha estado viviendo recientemente; y, (c) En tal entendido, las facultades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y las de esta Corte, cuando conoce de reclamaciones contra lo resuelto preventivamente por dicho órgano, como es el caso que nos ocupa, no pueden interpretarse de un modo tan amplio que transforme sus decisiones en un instrumento de planificación política acerca de las posibilidades del país de ingresar a nuevas tecnologías o plataformas propias del desarrollo de las telecomunicaciones, sino que deben encuadrarse precisamente en la protección del principio de la libre competencia en esta área de las actividades económicas, al que no pueden ser ajenos los requerimientos tecnológicos que en la



realidad son indispensables para el fin propuesto ni la eventual afectación de derechos del público usuario de dicho mercado, que son diversos y no sólo circunscritos a la deliberación y elegibilidad respecto de los oferentes de telecomunicaciones.

2°.- En el entendido anterior, lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con opinión favorable de la Fiscalía Nacional Económica y la participación de los diversos incumbentes que participaron en el proceso, parece encuadrado en los lineamientos anteriores, sopesando adecuadamente las variables que hay en juego cuando se establecen regulaciones y/o restricciones en el mercado de las telecomunicaciones, como se explica a continuación.

**A. En cuanto a la modificación del límite a la tenencia de derechos de uso del espectro radioeléctrico o caps:**

3°.- Que, de la atenta lectura de la resolución reclamada, se desprende que el razonamiento realizado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sigue el siguiente orden lógico:

a) Detecta una serie de deficiencias competitivas en el mercado relevante, persistentes a lo largo del tiempo.

b) Indica que la imposición de límites o caps constituye una medida indispensable para la corrección de la anomalía identificada en el literal precedente.



c) Verifica que los límites o caps resultan insuficientes para enfrentar la realidad actual del mercado, conforme a la variación que éste ha tenido, en diversos aspectos, desde la época de su imposición.

d) Analiza en profundidad las propiedades técnicas de las diversas frecuencias del espectro radioeléctrico, asignadas y por asignar para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, agrupándolas, según estándares internacionales, en macro bandas.

e) Expresa la necesidad de que cada operador cuente con portafolios de espectro radioeléctrico, puesto que sólo así lograrían ser competitivos, de manera tal que los límites o caps deben ser impuestos por macro banda.

f) Prefiere límites o caps dinámicos y porcentuales por sobre límites fijos o numéricos, justificando tal decisión en criterios pro competitivos.

g) Establece límites dentro de cada macro banda explicitando razones técnicas latamente desarrolladas, orientadas no sólo a evitar el acaparamiento de espectro, sino que, además, propendiendo a la eficiencia en su uso.

h) Fija, en el caso de las macro bandas media y alta, un criterio gradual de implementación del límite o cap, con el objetivo de asegurar la competitividad durante el proceso de implementación de la tecnología 5G, siempre teniendo en consideración los mínimos técnicos que permitan ofrecer un correcto servicio al consumidor.



i) Determina que los ajustes a que den lugar los nuevos límites deben ser realizados de manera gradual, con motivo de nuevos concursos.

4°.- Que, como se aprecia, el fallo de mayoría coincide plenamente con las conclusiones reseñadas en los literales a), b), c), d), e), f) e i) del motivo precedente, disintiendo sólo respecto de lo expresado en los literales g) y h).

5°.- Que, pues bien, estas disidentes coinciden también con aquellas conclusiones excluidas por la mayoría, siendo de parecer de mantener inalterados los límites o caps regulados en la resolución reclamada.

En efecto, la modificación del 35% fijado en la Resolución N° 59/19 como límite en la macro banda baja resulta innecesaria, si se considera que la adopción de tal porcentaje se ha justificado en las características técnicas de las frecuencias que allí se contienen, en particular, su especial capacidad de cobertura, relevante en entornos urbanos para lograr penetración en estructuras, pero especialmente útil en sectores alejados, de difícil acceso y/o con escasa densidad poblacional, ameritando, así, la existencia de un menor número de operadores en esta porción del espectro, con tal que puedan asumir los costos del despliegue de infraestructura que la red requiere, aprovechando las economías de escala necesarias para ello.



Cabe destacar que la corrección de tal razonamiento no ha sido controvertida por los reclamantes; encuentra perfecto correlato en los antecedentes allegados al expediente digital y en los hechos asentados por el tribunal; y no fue impugnada por quienes aparecen como principales interesados, esto es WOM y VTR en su calidad de operadores móviles reales que no cuentan con atribución de espectro en la macro banda baja, agentes que se han conformado con lo decidido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

6°.- Que, en cuanto a lo demás, el fallo concuerda con los porcentajes fijados como límites o caps en la resolución reclamada para las macro bandas media baja, media y alta, manteniéndolos inalterados, coincidiendo en lo innecesario que resulta regular la macro banda media alta, al no existir dentro de ella asignaciones de frecuencias para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles; conclusiones a las que estas disidentes adscriben.

7°.- Que, sin embargo, en lo que dice relación con futuras asignaciones de espectro en las macro bandas media y alta para el desarrollo de la tecnología 5G, no es posible sino insistir en la necesidad de proyectar una implementación gradual del límite o *cap*, tal como fue dispuesto por los reclamados.





En efecto, así se desprende del conjunto de antecedentes técnicos aportados por los diversos interesados, que develan la importancia de que cada operador cuente con un mínimo de banda contigua para la adecuada prestación de los servicios asociados a esta nueva tecnología, caracterizada por ofrecer una alta capacidad de transmisión de información y una baja latencia.

8°.- Que, entonces, uniendo los elevados requerimientos técnicos ya desarrollados, con la escasez de espectro en las macro bandas media y alta, y vinculando tal realidad con la necesidad de contar, en todo momento, con más de un operador móvil real a fin de evitar las externalidades negativas derivadas de una situación monopólica, ha de entenderse, indefectiblemente, que es correcta la implementación gradual de los límites o caps de 30% y 25%, respectivamente, tal como fue ordenado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

9°.- Que, por último, en cuanto al cumplimiento de la sentencia dictada por esta Corte en causa Rol N° 73.923-2016, no puede olvidarse que aquel fallo fue pronunciado en el contexto de un procedimiento contencioso, iniciado a través de una demanda por prácticas anticompetitivas. De esta manera, su cumplimiento se encuentra regulado en el artículo 28 del Decreto Ley N° 211, norma que entrega competencia exclusiva para conocer de esta materia al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dotándolo de



imperio, sin perjuicio de que su artículo 29 contempla la posibilidad de acudir supletoriamente al Código de Procedimiento Civil, cuerpo normativo que, en su artículo 231, ahonda en que *"la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia"*.

Así, no resulta procedente que, a través de esta vía, sean impartidas directrices que, de uno u otro modo, inciden en un procedimiento de cumplimiento cuyo conocimiento ha sido entregado por la ley a otra magistratura.

**B. En cuanto a las medidas o condiciones adicionales o complementarias:**

**10°.-** Que, junto a todo lo dicho, estas disidentes estiman improcedente la adopción de las medidas complementarias, por las razones que se dirán a continuación:

**a)** En efecto, como ya se ha dicho, el hecho que esta Corte tenga facultades amplias para conocer en un proceso de consulta de una decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no significa, a nuestro juicio, que no existan ciertos límites necesariamente aplicables de acuerdo a la materia consultada. En lo particular, la motivación y fundamento que tuvo el TDLC para dictar su resolución fue lo ordenado por esta Corte acerca de la necesidad de consultar a dicho organismo acerca de la



modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener cada operador móvil real (en adelante "OMR"), establecido en 60 MHz por la sentencia de esta Corte dictada el 27 de enero de 2009 en causa Rol N° 4797-2008, cuya vigencia fue reconocida por la sentencia de 25 de junio de 2018, Rol N° 73.923-2016. En consecuencia, es ése el ámbito de competencia del TDLC y, por cierto, el de esta Corte al pronunciarse sobre lo resuelto por éste y, a su vez, reclamado.

**b)** En el contexto de la consulta formulada por la SUBTEL al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al amparo de lo establecido en el artículo 18 N° 2 del DL N°211, esta Corte, no obstante las amplias facultades de que goza en estos procedimientos, sólo puede pronunciarse en relación con hechos, actos o contratos, en este caso, por celebrarse en cuanto a los *caps* del espectro radioeléctrico.

**c)** Las propuestas de SUBTEL acerca de agregar a tal ajuste o modificación medidas complementarias que buscarían "mejorar" dicho escenario de libre competencia, no sólo fue desechada en el fondo por el TDLC sino que consta en el expediente a fs. 2635, expresamente y con anuencia de la Fiscalía Nacional Económica, la decisión de SUBTEL de no perseverar en ellas. Ante tal evento y siendo SUBTEL un regulador técnico de telecomunicaciones y no de libre competencia, es a nuestro juicio, suficiente argumento para



desechar tanto en el fondo como en la forma tal solicitud adicional pero, en la especie, sucede además que la propia autoridad interesada retiró fundadamente su petición, por lo cual resulta del todo improcedente revivirla en esta instancia, únicamente abocada a la materia que la propia Corte Suprema ha determinado como sometida a consulta.

**d)** Resulta ilustrativa la opinión de la Fiscalía Nacional Económica relativa a las medidas complementarias, señalando a fs. 1456 que: *"... las combinaciones regulatorias posibles a propósito de las medidas que Subtel trae a competencia de ese H. Tribunal, son múltiples, variadas y dependen precisamente de la política que el órgano sectorial pretenda promover en el mercado y de las reglas ex ante de fijación de límites máximos de tenencia de derechos de uso sobre espectro radioeléctrico. El examen no puede realizarse sin que medien al menos las directrices generales en esas materias. Por tanto en opinión de esta Fiscalía, no están las condiciones para establecer reglas ex ante a propósito del conjunto de medidas indicadas por Subtel. Se considera que son suficientes las reglas generales de análisis de conductas anticompetitivas"*.

Por su parte la resolución recurrida, establece que el regulador sectorial es el encargado de definir los objetivos de política pública que se suscribirán en cada uno de los concursos, de manera tal que los posibles escenarios regulatorios en que los operadores se



desenvolverán son múltiples, lo que hace imposible predecir un escenario específico que el Tribunal deba analizar con el fin de corregir algún eventual problema que afecte la competencia.

Coinciden el Tribunal y la Fiscalía Nacional Económica en que las materias a que se refieren las medidas complementarias que la SUBTEL presentó y luego retiró, deberán ser reguladas una vez que se definan los objetivos de política pública en esta actividad económica.

**e)** En opinión de quienes disienten, dicha regulación deberá efectuarse en conformidad a lo preceptuado en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone que: *"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*.

**f)** Como es sabido, el numeral 3° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, confiere al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad de dictar *"instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o*



*contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.*

Pues bien, esta Corte ha establecido, invocando el principio de la reserva legislativa, que el Tribunal en el ejercicio de esa potestad -ni aun a pretexto de tutelar la libre competencia- puede convertirse en el regulador de determinada actividad económica (CS Rol N°30.190-14).

**g)** El criterio anterior, a título ejemplificativo, se ha plasmado en el Proyecto de Ley referido al *roaming* automático nacional que, a la fecha de la vista de esta causa, se encontraba en tramitación en el Senado de la República.

Dicho proyecto, se inició por moción parlamentaria en el Senado y por mensaje presidencial, también al Senado, siendo informado por esta Corte de conformidad a lo establecido en el art. 77 de la Constitución Política de la República el día 25 de octubre de 2019. (Boletines N°12.558-15 y N°12.828- 15).

**h)** Fuerza concluir que, por aplicación del mismo principio señalado en el fallo citado, de ninguna manera es dable regular la actividad económica a que se refiere esta sentencia, a través de la potestad consultiva del Tribunal de Defensa la Libre Competencia ni a través de los fallos de esta Corte referidos a ella.

**11°.-** Que, por todas estas razones, estas disidentes estuvieron por negar lugar a todas las medidas



complementarias presentadas por SUBTEL en la formulación de la consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y luego retiradas por ésta.

**Se deja constancia** que el acuerdo que antecede fue alcanzado luego que, por existir dispersión de votos, se efectuara una votación separada de cada opinión, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, adhiriendo al fallo el Ministro Sr. Llanos, quien, en un principio, era de parecer de acoger íntegramente la reclamación de CONADECUS.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la prevención y disidencia sus autores.

Rol N° 181-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Jorge Dahm O., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con permiso. Santiago, 13 de julio de 2020.





CFGWQHXXFX



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Maria Eugenia Sandoval G., Jorge Dahm O., Angela Vivanco M., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, trece de julio de dos mil veinte.

En Santiago, a trece de julio de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

