

El Fallo de la Corte Suprema por Acaparamiento de Espectro en la Banda de 700 MHz

Presentación para la Comisión de Obras Públicas, Transportes
y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados

Hernán Calderón, Presidente de Conadecus
Mario Bravo y Cristián Reyes, abogados de Estudio Bravo
Oscar Cabello e Israel Mandler, consultores de Alfa Centauro S.A.

Valparaíso, 17 de julio de 2018

El fallo de la Corte Suprema

- A fin de 2013, Subtel llamó a concurso público para licitar tres concesiones en la banda de 700 MHz.
- Las bases consideraban sólo tres concesiones, y exigencias tales que difícilmente postularían otros operadores que no fueran Movistar, Claro y Entel.
- Las bases eran como un “traje a la medida”.
- Tampoco contemplaban el límite de 60 MHz.
- Hubo varias voces de alarma, pero lamentablemente no fueron consideradas por Subtel ni por la FNE.
- Luego de un juicio antimonopolios iniciado por Conadecus en 2014, la Corte Suprema resolvió que:

El fallo de la Corte Suprema

- I. Movistar, Claro y Entel han incurrido en una conducta anticompetitiva al adjudicarse la banda de 700 MHz, en el concurso público convocado por Subtel en 2013, sin respetar el límite de 60 MHz dispuesto legal y previamente como máximo para cada operador de telefonía móvil.*

- II. Movistar, Claro y Entel deberán desprenderse de la misma cantidad de espectro radioeléctrico que adquirieron en ese concurso, quedando a su opción la elección de la banda que será enajenada.*

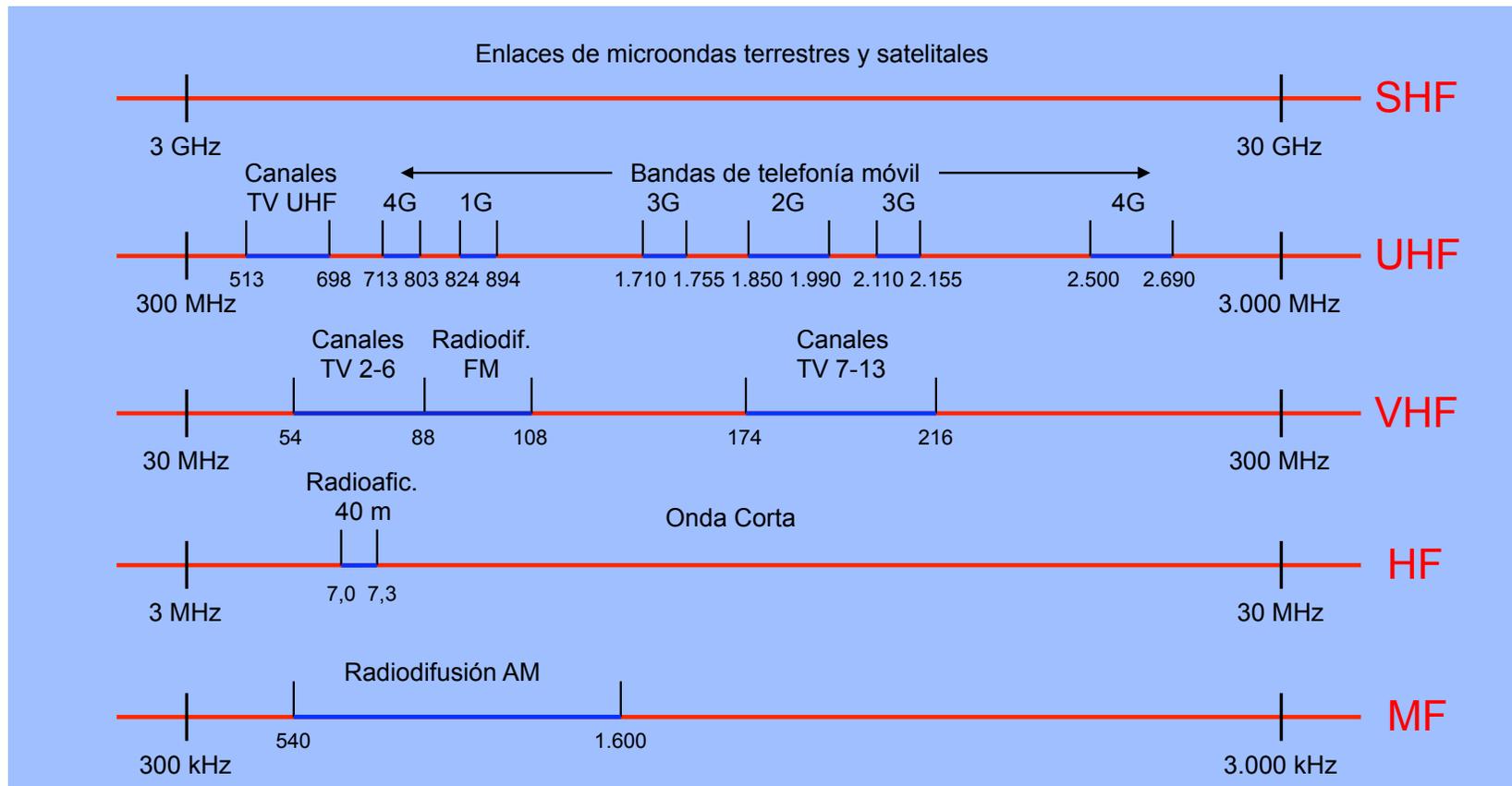
El fallo de la Corte Suprema

II. Subtel deberá velar por el oportuno y adecuado cumplimiento de las medidas anteriores.

III. En el evento que Subtel estime necesaria la revisión del referido límite de 60 MHz, deberá iniciar un proceso de consulta ante TDLC. Si no, deberá hacer que se cumpla ese límite.

La historia de este caso...

El espectro radioeléctrico



El espectro radioeléctrico

- El espectro radioeléctrico es un recurso natural y escaso, que en Chile -por ley- es administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel).
- Subtel debe administrarlo de manera eficiente, y respetando además el DL 211 (ley antimonopolios).
- Desde 1989, en Chile se han adjudicado cinco bandas de telefonía móvil: 850 MHz, 1.900 MHz, 2.100 MHz, 2.600 MHz y 700 MHz.
- Además existe en Chile la banda de 900 MHz.
- Esas bandas se encuentran en poder de cinco operadores: Claro, Entel, Movistar, Wom y VTR.

El espectro radioeléctrico

Banda	Entel	Movistar	Claro	VTR	Wom	Total
700 MHz	30	20	20			70
850 MHz		25	25			50
900 MHz	20					20
1.900 MHz	60	30	30			120
2.100 MHz				30	60	90
2.600 MHz	40	40	40			120
Asignado	150	115	115	30	60	470
	32%	24%	24%	6%	13%	100%

- Espectro de **telefonía móvil** adjudicado en Chile antes del fallo de la Corte Suprema.
- Cifras en MHz.

El espectro radioeléctrico

- ¿Está siendo usado ese espectro en forma eficiente?
- La evidencia disponible en el expediente señala que no.
- Además, AT&T de los EEUU tiene 145 millones de usuarios móviles y entendemos dispone de sólo 115 MHz.
- AT&T logra una eficiencia de 1,2 millones de usuarios por MHz.
- En Chile, en cambio, Entel tiene 7,2 millones de usuarios en 150 MHz, es decir, sólo 51 mil usuarios por MHz.
- Perú tiene una eficiencia espectral de 99 mil usuarios por MHz, superior a los 53 mil usuarios por MHz de Chile.

La licitación de 700 MHz

- A fin de 2013, Subtel llamó a concurso público para licitar tres concesiones en la banda de 700 MHz.
- Pese a que entonces ya existían cinco operadores con redes propias (OMR), más cuatro OMV, **el mercado tenía poca competencia.**
- Entel, Movistar y Claro concentraban entonces el 98% del mercado. Los restantes, en su conjunto, sólo llegaban al 2% del mercado.
- Las bases consideraban tres cupos y exigencias tan altas, que difícilmente postularían otros operadores (cobertura rural, transporte nacional, etc.)

La licitación de 700 MHz

- Las bases tampoco contemplaban el límite de 60 MHz restablecido por la Corte Suprema en 2009, que había sido propuesto por Subtel al TDLC.
- Diversos expertos levantaron voces de alarma y sugirieron cambios a Subtel, para que el concurso fuese más competitivo.
- Subtel desestimó esos cambios, por considerar que en Chile sólo había espacio para tres OMR, y porque las “contraprestaciones” serían el medio para obligar a los OMR dominantes a atender zonas rurales.

Algunas voces de alarma

- Andrés Gómez-Lobo, destacado economista y experto en libre competencia, a la sazón asesor de la candidata Michelle Bachelet, declaró en la misma época que una de las cosas complicadas que estaba haciendo el gobierno saliente era adelantar la licitación de 700 MHz, que era desafortunado seguir adelante con ese proceso, y que **en lugar de ello debió haberse hecho una consulta al TDLC, para dar garantías a los operadores entrantes** (entrevista publicada en el diario El Pulso, de fecha 6.nov. 2013).
- En 2014 asumió como Ministro y cambió su postura.

Algunas voces de alarma

- Eduardo Bitrán, a la sazón director del Magister en Regulación de la U. Adolfo Ibáñez, señaló por su parte que exigir inversiones en zonas rurales a los licitantes, **hace que el concurso de 700 MHz esté hecho para que la concesión se la adjudiquen las empresas grandes**, y que con esa licitación apresurada de Subtel se entregará **“el filete” del espectro radioeléctrico** a los tres operadores dominantes (Diarios Estrategia del 23.dic. 2013 y La Segunda del 19.nov.2013).

El límite de 60 MHz

- Los límites nacieron en 2000 para telefonía fija (100 MHz) y en 2005 para telefonía móvil (60 MHz).
- Para lograr un mercado más competitivo debe haber homogeneidad en la cantidad de espectro con que cuentan los distintos actores, según lo señalaron en su momento Subtel y la FNE al TDLC, **para evitar el acaparamiento** (es una medida de protección de la libre competencia).
- Sobre esa base la Corte Suprema restableció en 2009 el referido límite de 60 MHz.
- Esos límites son modificables, pero no directamente por Subtel sino que **por medio de una consulta al TDLC**.

El juicio ante el TDLC

- Sólo presentaron ofertas Entel, Movistar y Claro.
- Ello motivó a Conadecus a realizar una consulta formal al TDLC (procedimiento no contencioso), en enero de 2014, para procurar que las bases del concurso público fuesen mejoradas.
- Pero el TDLC señaló que por el tipo de antecedentes que Conadecus había presentado, el caso sólo podría resolverse mediante una demanda (procedimiento contencioso, que es más complejo).
- Conadecus optó entonces por demandar a esos operadores ante el TDLC, y los acusó de acaparar espectro. También pidió la anulación del concurso.

El juicio ante el TDLC

- Luego de analizar el caso por espacio de un año y medio, el TDLC desestimó la demanda de Conadecus, por considerar que una asociación de consumidores no tenía legitimación activa en este tema, **y la condenó en costas.**
- Conadecus apeló entonces a la Corte Suprema, y ésta resolvió que Conadecus sí tenía legitimación.
- El TDLC se avocó entonces a resolver fondo del problema.
- Sin embargo, el TDLC volvió a desestimar la demanda de Conadecus, pero esta vez por motivos de fondo, **y la volvió a condenar en costas.**

El fallo de la Corte Suprema

- Conadecus tuvo que apelar de nuevo a la Corte Suprema, y ésta, luego de casi un año y medio, y de solicitar dos informes a Subtel, resolvió el lunes 25 de junio que Conadecus tenía razón, y revirtió la sentencia definitiva del TDLC.
- Fue un resultado estrecho (tres votos contra dos).
- La sentencia de la Corte Suprema reconoce que el límite de 60 MHz estaba legalmente vigente, y que Subtel o los operadores dominantes debieron haber propuesto un aumento al TDLC, antes de que se licitase la banda de 700 MHz.

El fallo de la Corte Suprema

- El fallo no estableció multas a las empresas demandadas, por considerar que en su actuar también había culpa del Estado (Subtel, FNE y TDLC).
- Ello es un reconocimiento muy importante, ya que parece ser una de las pocas veces -y tal vez sea la primera vez- que la Corte Suprema considera el problema de la **captura del regulador**.
- Tampoco fijó el pago de costas a Conadecus (aunque las costas fijadas por tribunales generalmente son bajas).
- El equipo profesional de Conadecus trabajó ad honorem en definitiva.

Algunas reacciones

- Subtel valoró el fallo, ya que refuerza su postura respecto del “congelamiento” de la banda de 3,5 GHz, que había decidido pocos días antes.
- La banda de 3,5 GHz será necesaria para iniciar los servicios 5G en el país.
- Sin embargo, algunos operadores han mostrado una férrea oposición al congelamiento de esa banda.
- Asimismo, las empresas demandadas han señalado a través de la prensa que el fallo sobre 700 MHz es injusto, erróneo y que vulnera la seguridad jurídica en nuestro país.

Algunas reacciones

Telecom/Tecnología



Telecom/Tecnología

Gobierno se abre a elevar en al menos 67% el límite de espectro para firmas de telefonía móvil

La Subtel ha dicho que subirá el tope que fijó la Corte Suprema, de 60 Mhz. En discusiones técnicas ha dicho que podría ser de 150 Mhz. 🔑

11/07/2018

Algunas reacciones

10:44

impresa.elmercurio.com

Chile: Mercado maduro y demasiado competitivo

Más allá de estas dos medidas que pueden ser revertidas —de manera administrativa con la Subtel y vía Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso del fallo de la Suprema—, el problema de fondo de Entel es Chile, donde ya alcanzó un porcentaje de mercado que es difícil de seguir aumentando. Es que la madurez del mercado chileno y la penetración de la telefonía móvil hacen complicado un salto en nivel de clientes. Entel concentró el

Conclusiones

- a) La protección y defensa de la libre competencia es un pilar fundamental del ordenamiento constitucional y legal de nuestro país. La simple lectura del fallo pone en evidencia que quienes vulneraron la **certeza jurídica** -al no respetar el límite previamente establecido- fueron las empresas demandadas, y no la Corte Suprema, que con su fallo sólo restableció el imperio de la Ley.
- b) En efecto, dichas empresas dificultaron la entrada de competidores, y perjudicaron a los consumidores con servicios más caros y de menor calidad que los que habrían existido en un mercado más competitivo.

Conclusiones

- c) Las empresas demandadas han señalado que este fallo desincentivará las inversiones en el sector. Si ellas optan por no invertir, un mercado abierto y sin restricciones a la libre competencia, permitirá que otros operadores lo hagan.
- d) Conadecus confía en que Subtel hará cumplir el fallo a cabalidad, conforme a lo cual Movistar, Claro y Entel deberán desprenderse a la brevedad de 20 MHz cada una de las dos primeras, y 30 MHz la tercera; quedando provisionalmente con 95 MHz cada una de las dos primeras, y 120 MHz la tercera.

Conclusiones

- e) Luego Subtel deberá estudiar si es necesario revisar el límite actual de 60 MHz por cada operador, y en caso que éste deba ser ampliado, iniciar el proceso consultivo correspondiente ante el TDLC, en el cual Conadecus participará, representando el interés de los consumidores.
- f) Conadecus confía en que la adecuada implementación de este fallo generará una mayor disponibilidad de espectro, lo que a su vez facilitará el ingreso de nuevos operadores al mercado, más competencia, menores precios y mejores servicios.

Conclusiones

- g) Conadecus también confía en que las actuales autoridades de Subtel considerarán los criterios establecidos en el fallo al diseñar las bases del próximo concurso público de las bandas para telefonía móvil con tecnología de quinta generación (5G).
- h) Conadecus concuerda con las medidas anunciadas por Subtel antes del fallo, para preparar el despeje de la banda de 3,5 GHz, ya que dicho organismo es -por ley- el encargado de administrar el espectro radioeléctrico de manera eficiente, y en resguardo de la libre competencia, tal como lo acaba de confirmar la Corte Suprema.

Conclusiones

- i) Finalmente, Conadecus aprovecha de señalar que el proyecto en curso en esta Cámara (boletín 10.342-15), que podría reservar para el Estado **por ley** un segmento aún disponible de la banda de 700 MHz, es un error, porque reduce la posibilidad de introducir más competencia en el sector: el espectro debe ser administrado por Subtel, y hay otras bandas que pueden ser destinadas para el Estado.



Muchas gracias