LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1368 - 2
14 de septiembre de 2018
ISSN 0717-1528

CONGELAMIENTO DE BANDA 3,5 GHz VERSUS DESARROLLO DEL 5G

- Por Resolución Exenta de junio de este año, la SUBTEL dispuso el congelamiento y suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encuentre autorizado en la Banda 3,5 GHz, obligándolos a migrar a bandas de frecuencias alternativas. Ello con el fin de estudiar en profundidad el uso eficiente que deberá darse a dicha banda.
- Empresas afectadas por la medida recurrieron de protección, alegando una expropiación de los derechos derivados de las concesiones otorgadas, sin procedimiento previo ni notificación alguna y fuera del ámbito de competencia de la SUBTEL. Por su parte, la SUBTEL justifica su decisión en que las operadoras estarían subutilizando los espectros asignados y que dicha banda es relevante para el despliegue de la red 5G.
- La decisión que se adopte tendrá importantes consecuencias para el régimen general de concesiones.

El pasado miércoles 5 de septiembre, se verificaron ante la Corte de Apelaciones de Santiago los alegatos por los recursos de protección interpuestos por Claro y Entel en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), por el congelamiento de la banda de frecuencias 3.400-3.800 MHz (Banda 3,5 GHz). A solicitud de la unanimidad de los miembros de la Sala, la causa quedó en estudio[i].

El referido conflicto -que por lo demás ha tenido una gran presencia en los medios de comunicación- tiene su origen en la Resolución Exenta Nº 1289 de la SUBTEL del 19 de junio de este año ("Resolución Exenta"), en virtud de la cual dispuso que no otorgará nuevas autorizaciones ni recepciones de obras respecto de la Banda 3,5 GHz y ordenó la suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encontrare autorizado en dicha banda, debiendo estos migrar a bandas de frecuencias alternativas. Ello, con el fin de estudiar en profundidad el uso eficiente que deberá darse a dicha banda.

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1368 - 2
14 de septiembre de 2018
ISSN 0717-1528

Según indicó la SUBTEL en un comunicado de prensa, su decisión se justificaría en que los operadores estarían subutilizando los espectros asignados y que dicha banda resultaría relevante para el despliegue de la futura tecnología del 5G.

REGULACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO[ii]

El espectro radioeléctrico consiste en "un conjunto de ondas radioeléctricas, sin solución de continuidad, que se propagan en el espacio sin guía artificial."[iii] Es un recurso natural, intangible y limitado, que se encuentra dividido en bloques o bandas de frecuencia.

En Chile, la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) lo considera un bien nacional cuyo dominio pertenece a toda la nación, y, establece que su uso y goce será de libre e igualitario acceso por medio de concesiones, permisos o licencias de telecomunicaciones, especialmente temporales, otorgadas por el Estado.

Es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), a través de la SUBTEL, el que administra el uso eficiente de este recurso.

ANTECEDENTES DEL CONFLICTO DE SUSPENSIÓN DE LA BANDA 3,5 GHZ

Previo a exponer los argumentos de cada una de las partes del conflicto, es necesario tener en consideración los siguientes hechos:

1. El año 2001 se realizó el concurso público de la Banda 3,5 GHz, en el cual Entel se adjudicó 14 concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico por un plazo de 30 años renovables. A su vez, el año 2006 el MTT le otorgó a Claro una concesión de servicio público de este tipo en la misma banda, con cobertura nacional, también por un período de 30 años.

2. La SUBTEL mediante resoluciones exentas ha autorizado las modificaciones técnicas que han solicitado las compañías a las referidas concesiones.

3. Por Resolución Exenta del 19 de junio de 2018, la SUBTEL dispuso lo siguiente: (i) no se otorgarán nuevas autorizaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, ni recepciones de obras, ni se autorizarán modificaciones a las ya existentes en la Banda 3,5 GHz; (ii) se ordena suspender las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encontraba autorizado en dicha banda y (iii) que dichos servicios deberán ser prestados en bandas de frecuencias alternativas, para no afectar a los usuarios. Por último, se

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1368 - 2
14 de septiembre de 2018
ISSN 0717-1528

indica que dichas restricciones no serán aplicables a los órganos de la Administración del Estado.

4. El 20 de junio de 2018, SUBTEL informó mediante un comunicado de prensa[iv] que producto del uso ineficiente por parte de las operadoras de la Banda 3,5 GHz, tomó la decisión de suspender la explotación comercial sobre dicha banda. Asimismo, indicó que el estudio de dicha banda se ha hecho necesario para el desarrollo tecnológico de la red 5G y que, en el actual escenario, no puede haber un despliegue en condiciones competitivas de un concurso para la implementación de dicha red.

5. El 16 y 17 de julio de 2018, Claro y Entel, respectivamente, interpusieron recursos de protección en contra de la SUBTEL por la referida Resolución Exenta. Ambos recursos fueron acumulados por la Corte de Apelaciones de Santiago y se encuentran pendientes de fallo.

LAS DOS POSICIONES DEL CONFLICTO

La Resolución Exenta ha originado un conflicto que se encuentra pendiente de resolver ante los Tribunales de Justicia, existiendo dos posiciones difíciles de conciliar.

Por una parte, las empresas afectadas con las medidas de congelamiento y suspensión indefinida alegan una expropiación de los derechos derivados de las concesiones otorgadas. Al respecto, argumentan que la SUBTEL actuó fuera de su competencia para dictar los actos impugnados, pues a su parecer, ni la LGT ni ninguna otra ley le conferiría dichas potestades. Además, indican que estas medidas contravienen los principios más fundamentales de la LGT, relativos al libre acceso y goce del espectro radioeléctrico y a la estabilidad de las concesiones. Junto con ello, estiman que las medidas son desproporcionadas y constituyen una verdadera sanción, sin que en la especie haya mediado un procedimiento administrativo con respeto a las garantías de un debido proceso. Por último, controvierten la supuesta subutilización de la Banda 3,5GHz que se les imputa y afirman que la Resolución Exenta carece de fundamentación y

Por su parte, la SUBTEL señala que de acuerdo a la ley le corresponde la administración y control del espacio radioeléctrico, debiendo velar por el uso eficiente del mismo con el objeto de mejorar el acceso de los usuarios a las telecomunicaciones y privilegiar la competencia entre los servicios prestados por los operadores. En este sentido, le reprocha a las operadoras los bajos niveles de uso de la frecuencia 3,5 GHz y la utilización de esta banda para el tráfico de

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1368 - 2
14 de septiembre de 2018
ISSN 0717-1528

servicios móviles, en circunstancias que ella admite sólo la prestación de servicios fijos inalámbricos. Dichas acciones reflejarían a juicio de la SUBTEL un acaparamiento por parte de las compañías de dicho espectro, las cuales tendrían por objeto consolidar una posición anticompetitiva. Asimismo, la autoridad insiste en que, según convenciones internacionales, dicha banda sería necesaria para el despliegue del 5G.

CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DESARROLLO DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES

Sin perjuicio de los argumentos válidos de cada una de las partes, no es deseable que se produzca un conflicto de esta naturaleza, puesto que genera inevitablemente incertidumbre respecto a la estabilidad del régimen general de concesiones.

El sistema de concesiones tiene muchas ventajas.[v] En efecto, ha permitido aumentar la inversión total en infraestructura pública en el país; y mejorar la gestión y calidad de la infraestructura y de los servicios, según sea el caso. Permite además una adecuada distribución del riesgo entre el Estado y la concesionaria, puesto que se genera una relación pública/privada, en la que cada actor participa con sus ventajas comparativas, beneficiando al país.

En Chile, el régimen de concesiones ha sido aplicado en muchos ámbitos, e indudablemente, ha contribuido de manera significativa a su desarrollo económico y social. El mejoramiento de la infraestructura pública y de los estándares de los servicios, ha redundado en una mejor calidad de vida para las personas.

Ahora bien, el desarrollo y éxito de un régimen de esta naturaleza requiere contar con un marco jurídico estable que otorgue certeza y herramientas a los concesionarios para llevar a cabo exitosamente sus proyectos, toda vez que estos realizan importantes inversiones para desarrollar, mantener y comercializar las obras y/o servicios asignados.

En este sentido, la existencia de este conflicto que recae particularmente en el área de las telecomunicaciones, donde la tecnología cambia aceleradamente, genera serias dudas respecto a si existen vacíos legales que deban subsanarse o facultades de las autoridades que delimitarse, para evitar incerteza a quienes invierten grandes esfuerzos y recursos para desplegar los servicios.

TEMAS PÚBLICOS
www.lyd.org
Nº 1368 - 2
14 de septiembre de 2018
ISSN 0717-1528

Sin duda, el conflicto que se está ventilando ante la Corte de Apelaciones de Santiago es de suma relevancia y la decisión final que se adopte marcará un precedente no sólo para el área de las telecomunicaciones, sino que para el régimen general de concesiones.

---

[i] Véase causa rol C-50.351-2018 (acumulado Rol 50.372-2018), Corte de Apelaciones de Santiago.

[ii] Véase en profundidad en Tema Público Nº1359-1, de 13 de julio de 2018.

[iii] Ovalle, José Ignacio. Apuntes sobre Derecho de las Telecomunicaciones. (Santiago, 2014).

[iv] https://www.subtel.gob.cl/subtel-congela-uso-de-banda-3-5-ghz-para-el-estudio-y-desarrollo-de-la-red-5g/

[v] Pérez, Clemente. "Introducción. Infraestructura al Servicio de las Personas", contenido en Concesiones: El Esperado Relanzamiento (2012). Santiago, Ediciones LYD; pp.14 y ss.