

Santiago, 22 de octubre de dos mil diez.

**VISTOS:**

**I. Primera demanda, ingresada con el Rol C 179-08.**

1. A fojas 226, con fecha 18 de noviembre de 2008, Netland Chile S.A. (en adelante, Netland) demandó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) por infringir el artículo 3° del Decreto Ley Nº 211, particularmente su letra c), mediante el concurso público efectuado por el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones para la asignación del proyecto FDT-2008-04 “Infraestructura digital para la Competitividad e Innovación y sus Respective Subsidios” (en adelante, el Concurso).

Esta primera demanda ingresó con el Rol C 179-08, con anterioridad a la adjudicación del Concurso.

1.1. Como antecedentes, Netland expone que el 1° de octubre de 2008 se publicó el llamado al Concurso que, según las Bases Específicas (en adelante, las Bases), tenía por objeto “*la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio de acceso a internet en localidades rurales que actualmente carecen de acceso ...*” (art. 1).

Explica que el Concurso es un mecanismo para transferir subsidios del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT) a los adjudicatarios del mismo, y su objeto consignado en las Bases es consistente con el objetivo del FDT. De acuerdo con el art. 28 A de la Ley General de Telecomunicaciones, el FDT tiene por objeto “*promover el aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones...*”.

No obstante, dentro de las 1.474 localidades que considera el Concurso figuran aquellas en las que Netland provee servicio inalámbrico de transmisión de datos, que corresponden a las provincias de Maipo, Talagante y Melipilla, lo cual le consta a la autoridad demandada, que le otorgó las concesiones y recibió las obras físicas.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**1.2.** Por lo anterior, y dado que el Concurso contempla como subsidiables localidades donde actualmente existe oferta, Netland concluye que el objeto del Concurso es ilegal, ya que excede el objeto legal del FDT.

Manifiesta que el “aumento de la cobertura” a que se refiere la Ley General de Telecomunicaciones consiste en aumentar el área o espacio geográfico en el que se prestan los servicios, y que tal supuesto no se cumple tratándose de localidades en las que ya existe oferta.

De esta forma, concluye Netland, por medio del Concurso, un subsidio destinado a promover cobertura, se convertirá en un mecanismo de afectación de las condiciones de competencia, ya que el subsidio permite la competencia desleal y la predación en perjuicio de los operadores preexistentes como Netland, especialmente si el adjudicatario del subsidio es un operador con cobertura nacional, más grande y con mayor respaldo financiero.

Netland sostiene que este caso es análogo al caso “Koriana Travel” (Res. N° 568 de la H. Comisión Resolutiva), en el sentido de que hay afectación de la competencia por indebida aplicación de la ley en el otorgamiento de un subsidio, con efecto en los costos de un competidor.

**1.3.** Adicionalmente, Netland advierte que el Concurso establece barreras de entrada administrativas, ya que incorpora reglas excluyentes de algunos competidores.

En este sentido cita las siguientes disposiciones de las Bases que favorecerían a quienes pueden dar cobertura nacional, en desmedro de quienes sólo tienen cobertura zonal y regional:

El artículo 1 inciso 5, relativo al objetivo del Concurso, que señala *“es prioritario para los mandantes del concurso que todas las regiones del país queden cubiertas por la oferta de servicio”*; y,

El artículo 10 letra a), relativo a la forma de apertura de las propuestas, que señala *“Los sobres con las Propuestas serán separados distinguiendo entre las Propuestas nacionales, zonales y regionales. En caso que no hayan Propuestas nacionales se procederá a la apertura de las Propuestas zonales, y en caso de no haberse presentado estas últimas al concurso, se procederá a la apertura de las propuestas regionales”*.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Atendido lo anterior, Netland concluye que el Concurso es anticompetitivo porque: (i) limita el número de participantes, excluyendo a aquellos que pueden otorgar menor cobertura; (ii) no asegura que haya dos o más beneficiarios del subsidio para cada lugar, sino uno sólo para cada localidad; y, (iii) prescinde de la calidad técnica de las ofertas de nivel zonal o regional, pues existiendo un solo oferente con cobertura nacional –incluso de peor calidad- sus ofertas no llegan siquiera a abrirse. Con ello, oferentes de más y mejores servicios son desplazados, pues los oferentes nacionales no proporcionarán, por ejemplo, servicio de post-venta en las provincias donde opera Netland.

Por lo tanto, agrega Netland, si en este caso no se adopta un mecanismo similar al que se usó para la licitación de la banda de los 3400-3700 MHz de acuerdo con la Resolución N° 584 de Subtel, los asignatarios serán los operadores preexistentes de mayor tamaño y con capacidad financiera para dar cobertura nacional (Telefónica, Entel y Telmex).

**1.4.** A propósito de los precios predatorios, Netland precisa en su demanda que el Concurso los posibilita porque el adjudicatario del subsidio que provea servicios en las zonas con cobertura preexistente tendrá los costos alterados a la baja por el subsidio.

**1.5.** Por último, en cuanto al mercado relevante, Netland advierte que, de acuerdo con el artículo 4 letra m) en relación con el artículo 5 de las Bases, el objeto del Concurso es proveer “*servicio público de transmisión de datos*” de manera que el mercado de producto corresponde a dicho servicio.

Desde el punto de vista geográfico, en principio, el mercado sería todo el territorio nacional, cada una de las 3 zonas –Norte, Centro y Sur- o cada una de las 15 regiones administrativas del país. Lo anterior, porque las Bases Específicas preveían que la asignación se efectuase para dar cobertura nacional, regional o local.

Sin embargo, Netland sostiene que esta conclusión es sólo aparente porque, de acuerdo con las Bases, se privilegian las ofertas con cobertura nacional, de modo que los mercados geográficos zonales están delimitados por la condición de no haber ofertas nacionales y los mercados regionales están condicionados a no existir ofertas nacionales ni zonales.

**1.6.** Por todo lo anterior, Netland solicita que se acoja su demanda, con costas, y, como consecuencia de ello, este Tribunal:

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- (i) Deje sin efecto el Concurso por ser contrario al Decreto Ley N° 211; y
- (ii) Declare que se podrá realizar un nuevo concurso con el mismo objeto del de autos, pero sólo referido a zonas o áreas que carezcan de cobertura a la fecha de la convocatoria, previniendo que en el mismo no podrán establecerse condiciones que: a) impongan barreras de entrada; b) establezcan asignaciones únicas para zonas, comunas o localidades, y por el contrario, establecer reglas que permitan la superposición de beneficiarios del subsidio, que provean servicios a los usuarios de esas zonas, comunas o localidades; y, c) faciliten la predación de competidores; u otras que este Tribunal determine para asegurar la competencia.

**II. Segunda demanda, ingresada con el Rol C 188-09.**

2. A fojas 589, con fecha 6 de abril de 2009, Marcom Ltda. (en adelante, Marcom) también demandó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra c), invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Netland.

Esta segunda demanda ingresó con el Rol C 188-09, una vez que el Concurso había sido adjudicado a la empresa Inverca Telecomunicaciones S.A., quien no solicitó subsidio alguno, sino una banda de frecuencia o espectro destinado a Wimax. De ahí las divergencias entre una y otra demanda que se expondrán a continuación.

2.1. En cuanto a la ilegalidad del objeto del Concurso, esta demandante señala que dentro de las localidades que considera el Concurso también figuran aquellas de la provincia del Bío Bío en las que Marcom provee o se encuentra capacitada para proveer servicio.

2.2. Señala que el efecto anticompetitivo se produce independientemente de que la adjudicataria del Concurso no haya solicitado subsidio alguno, pues ello indica que en este caso se cometió un fraude a la ley.

Al respecto, Marcom afirma que el MTT incurrió en fraude a la ley porque el Concurso tenía por objeto asignar recursos, pero en lugar de asignar aquello, se asignaron frecuencias, debido a que el adjudicatario (Inverca Telecomunicaciones S.A.) no pidió dinero, sino sólo frecuencias radioeléctricas.

Explica que las frecuencias radioeléctricas tienen un mecanismo propio y explícito contemplado en el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones para su

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

otorgamiento, de modo que al procederse de esta forma se burló la ley, impidiendo que quienes tuviesen motivos técnicos para oponerse al otorgamiento de concesiones pudieran hacerlo, porque el Concurso no preveía mecanismos de oposición técnica a la asignación de frecuencias.

Por ello, en la especie, hay afectación de la competencia por indebida aplicación de la ley en el otorgamiento de frecuencias que debieran concursarse, con efecto en los costos de un competidor, e insiste en las similitudes entre éste y el caso “Koriana Travel”, citado precedentemente.

**2.3.** Con respecto al establecimiento de barreras administrativas de entrada, Marcom también cita el artículo 1 inciso 5 de las bases, relativo al objeto del Concurso, agregando que la exigencia de cobertura nacional se refuerza por el hecho de que éste artículo señala que se permite la presentación de consorcios de empresas *“para dar respuesta al requerimiento de carácter nacional”*, y de que ningún operador dominante se asociaría con ISPs locales.

Afirma a este respecto que sólo es posible cubrir localidades alejadas, poco pobladas y de gran extensión territorial (tales como Pampa Guanaco, Llanta, Socoroma) mediante postulaciones de carácter nacional, y que a ningún operador dominante le interesaría asociarse con ISPs locales en relación con zonas de cierta importancia, sino sólo ganar el Concurso y no compartir las ganancias con nadie.

Además, Marcom cita las siguientes disposiciones de las Bases que favorecerían a quienes pueden dar cobertura nacional, en desmedro de quienes sólo tienen cobertura zonal y regional:

El artículo 21 letra b), relativo a la adjudicación, que dispone *“Se evaluarán todos los proyectos financieros y se calculará agregadamente cuál modalidad o combinación de modalidades hace que el Proyecto Concursable sea adjudicado al o los postulantes que requieran menor subsidio y se asegure que todas las regiones del país tengan al menos un Proyecto Técnico que haya cumplido cabalmente las Bases”*, agregándose que, *“Para satisfacer lo señalado en la letra precedente, en orden a dar cumplimiento al alcance nacional del Concurso, se evaluarán en forma separada las postulaciones en modalidad nacional y las postulaciones en modalidad regional y zonal que en forma combinada (de acuerdo a las alternativas que se detallan en el Anexo 15 de estas Bases) cubran la totalidad de las localidades del concurso, desechándose aquellas que no cumplan con dicha condición”*. Marcom precisa que el señalado Anexo 15, sólo contiene combinaciones geográficas que cubren todo el territorio nacional.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

El artículo 22, letra c), que señala que en caso de empate la adjudicación se resolverá en atención a *“la mayor cantidad de prestaciones adicionales”* y que, de subsistir el empate, se adjudicará a quienes *“comprometan un menor plazo para el inicio de los servicios”*. En consecuencia, los mecanismos para dirimir aseguraban que ganara un agente de mercado con grandes recursos.

**2.4.** En cuanto a los precios predatorios, Marcom afirma que el Concurso los posibilita porque, de acuerdo con las Bases, la tarifa máxima mensual que el adjudicatario puede cobrar a clientes es de \$15.000 (IVA incluido), en circunstancias que los precios mensuales en Santiago fluctúan sobre UF 1,2 (más IVA) o \$24.490 por una conexión de 1MB, mientras que en zonas rurales superan UF 1,5 (más IVA) ó \$35.000, dependiendo de la tasa de agregación.

Con ello, el FDT estará subsidiando una proporción importante de las tarifas de equilibrio y la ayuda estatal no es de acceso universal e igualitario, porque los ISPs locales no pueden acceder a ella.

**2.5.** Con respecto a la competencia desleal, Marcom sostiene también que el Concurso la hace posible porque: (i) las Bases prescinden de la calidad técnica de los servicios, de manera que todos los proyectos técnicos que alcancen el mínimo compiten en igualdad de condiciones, asignándose el subsidio únicamente conforme al proyecto financiero (art. 21, letra a); y (ii) los requerimientos mínimos de calidad son *“mediocres”* y posibilitan el engaño a los consumidores, pues los adjudicatarios sólo deben cumplir con el 10% de la velocidad ofrecida (artículo 41, alt. 2), en circunstancias que los demás oferentes deben cumplir con lo que ofrecen a sus usuarios.

**2.6.** Por lo anterior, Marcom formula peticiones análogas a las de Netland, consignadas en el punto 1.6 anterior.

**III. Contestaciones del MTT.**

**3.** A fojas 248, con fecha 27 de diciembre de 2008, y a fojas 842, con fecha 3 de junio de 2009, el MTT contestó las demandas deducidas en su contra, solicitando que sean rechazadas, con costas, por las siguientes razones:

**3.1.** Como antecedentes, el MTT expone que el 31 de octubre de 2008 se publicó un texto refundido de las Bases que incorporó las respuestas a las consultas realizadas, perfeccionándose los artículos 1° inciso 5°, sobre el objetivo del Concurso, y 10° letra a), relativo a la forma de apertura de las propuestas, citados por Netland en su demanda.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

El 2 de marzo de 2009 se efectuó la apertura de las cuatro propuestas presentadas: (i) Comunicación y Telefonía Rural S.A.; (ii) Inverca Telecomunicaciones S.A.; (iii) Consorcio Entel; y, (iv) Consorcio Intertel/Telefónica Larga Distancia S.A..

El 13 de marzo de 2009, el proyecto se adjudicó a Inverca Telecomunicaciones S.A., empresa sin presencia en el mercado de las telecomunicaciones, que ofreció implementar el proyecto sin subsidio alguno.

**3.2.** El MTT señala en sus contestaciones que este Tribunal es incompetente, por un lado, para determinar si las Bases se ajustan o no al artículo 28 A de la Ley General de Telecomunicaciones, referido al objeto del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones y, por otro, para pronunciarse respecto de la observancia del procedimiento concursal previsto en el artículo 13C de la Ley General de Telecomunicaciones.

De hecho, afirma que la Excma. Corte Suprema está conociendo de un recurso de protección entablado por las sociedades Luz Linares S.A. y Luz Parral S.A. en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, sobre la legalidad del concurso.

**3.3.** En todo caso, afirma el MTT, el concurso no es ilegal por el hecho de incorporar localidades donde las actoras prestan servicio y, por el contrario, se ajusta a lo dispuesto en el artículo. 28 A de la LGT, porque el “*aumento de cobertura*” en su recta interpretación, incluye la hipótesis en que la cobertura existe, pero es insuficiente y desigual.

Explica que, de acuerdo con esa recta interpretación, el objetivo del Concurso es proveer a determinadas localidades rurales un servicio de acceso a internet en condiciones de calidad y precio equivalentes a las de las capitales regionales o grandes ciudades, y no sólo proveer servicio donde actualmente no lo hay.

Señala que, en la errada interpretación de la demandante, bastaría que exista actual o potencialmente una oferta de servicio en una localidad, para que al Estado le esté vedado utilizar el FDT para mejorar la cantidad, calidad y precios en esa localidad. Lo anterior sería absurdo, y el FDT jamás ha exigido la inexistencia total de cobertura en los concursos que ha realizado en el pasado.

Agrega que las Bases representan la estricta ejecución de la Ley de Presupuestos, que exige que los recursos se comprometan en la totalidad de las regiones, previa celebración de convenios con los Gobiernos Regionales que están suscritos, y en virtud de los cuales se acuerda el cofinanciamiento del proyecto.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Por otra parte, la definición de las localidades como prioritarias en materia de conectividad se efectuó a nivel regional por las mesas de tecnología e información de cada región, lo que descarta que en ellas exista una oferta suficiente y competitiva, que no exista necesidad de implementar el citado proyecto, o que la inclusión de esas localidades responda a un simple capricho.

**3.4.** En cuanto al establecimiento de barreras de entrada, el MTT señala que el Concurso no limita el número de participantes ni limita el mercado relevante geográfico por pretender dar cobertura nacional a los servicios de transmisión de datos:

Explica que, precisamente para aclarar cualquier duda al respecto fue que se modificaron las Bases, específicamente los artículos 1° inciso 5°, sobre el objetivo del Concurso, y 10° letra a), relativo a la forma de apertura de las propuestas, despejando cualquier duda en cuanto a que lo que resultaba imperioso era lograr cobertura en todo el territorio nacional, independientemente de que ello se lograra por medio de postulaciones nacionales, zonales o regionales.

Por la misma razón, las Bases permitían expresamente la participación de empresas regionales, individualmente o por medio de consorcios.

Señala que es efectivo que el Anexo 15 sólo indica las alternativas de combinaciones que cubren todo el territorio nacional, y ello es así porque el Concurso posee un alcance nacional, en la medida que todas las regiones presentan condiciones para activar el mecanismo de desarrollo impugnado por la demandante. Lo que sería falso es que esa pretensión haya constituido un obstáculo para la participación de empresas de carácter regional.

Con respecto a que ningún ISP pequeño postularía a prestar servicio en localidades como Pampa Guanaco, Llanta, Socoroma, afirma que la posibilidad de postular en modalidad regional al concurso público en análisis fue, precisamente, para que empresas de carácter regional (predominantemente rural) postulasen en las zonas donde actualmente operan y explotan su concesión, o donde planeaban o tienen posibilidades de implementarla.

Por su parte, los criterios de desempate -“mayor cantidad de prestaciones adicionales” y “menor plazo de inicio de servicios”- vienen expresamente impuestos por la Ley General de Telecomunicaciones, y no constituyen predilección por los operadores de mayor envergadura.

**3.5.** Por otra parte, el MTT señala que no puede haber precios predatorios de su



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

parte ni de parte del adjudicatario del Concurso, pues no se reúnen los requisitos que configuran una práctica como predatoria: (i) no hay sujeto apto para realizar la conducta; (ii) no hay venta bajo un determinado nivel de costos; y (iii) no existen elementos que den cuenta de una intencionalidad predatoria.

Explica que la adjudicataria (Inverca) no solicitó subsidio alguno, de modo que no existirán precios alterados a la baja por un subsidio. En todo caso, el otorgamiento de subsidios constituye el mecanismo legalmente consagrado para actuar en materia de fomento de las telecomunicaciones y, en este caso, se cumplen los principios de compatibilidad de los mismos con las normas de libre competencia.

Agrega que la tarifa de \$15.000.- fijada en las Bases considera los costos variables promedio del servicio (en base a un estudio de la Universidad de Chile) y diversos antecedentes dan cuenta de la sustentabilidad de la tarifa (proyecto financiero y tarifas vigentes de otros operadores).

Además, no sería verosímil una práctica predatoria por parte del adjudicatario, porque nadie estaría dispuesto a asumir pérdidas por 10 años y no existe eventualidad de recuperación dada la inexistencia de barreras de entrada.

**3.6.** Con respecto a las conductas de competencia desleal, el MTT señala que no es efectivo que a la autoridad no le preocupe la calidad técnica de los servicios, pues sólo se evaluaron proyectos técnicos que cumplieran con estándares de calidad mínima.

Agrega que la velocidad mínima garantizada en el Concurso no es “mediocre”, sino que corresponde a la que normalmente se exige en zonas densamente pobladas, y tiene por objeto permitir a las localidades más aisladas y desconectadas hacer suyas las condiciones de acceso y calidad de las grandes urbes.

Además, esa velocidad mínima está prevista para los momentos de mayor congestión pronosticada, no pudiendo plantearse que constituirán una constante, de modo que no configuran una “oferta engañosa”.

**3.7.** Con respecto al fraude a la ley de que se le acusa y sin perjuicio de lo señalado en cuanto a que este Tribunal sería incompetente para pronunciarse al respecto, el MTT señala que tampoco se configura dicha conducta.

Aclara que las frecuencias no se asignan conforme al procedimiento del art. 13 C de la LGT, sino por medio de concesiones y permisos. Sólo tratándose de servicios de libre recepción o radiodifusión, las concesiones deben otorgarse siempre por

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

concurso público.

Por lo demás, la adjudicataria podrá acceder al uso de un bloque de la banda de 2300 MHz para implementar su proyecto Wimax, precisamente por medio de un concurso público, al que cualquier postulante podía acceder en condiciones de competencia e igualdad, no siendo ésta la primera vez que se adjudican frecuencias en un concurso del FDT.

**IV. Auto de prueba.**

4. A fojas 290, con fecha 27 de enero de 2009, se recibió a prueba la causa Rol C 179-08 y, a fojas 875, con fecha 17 de junio de 2009, se recibió a prueba la causa Rol C 188-09. En ambas resoluciones se fijó el siguiente hecho substancial, pertinente y controvertido:

*Estructura y características del o de los mercados en los que incide el concurso público para la asignación del proyecto FDT-2008-04: “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su(s) Respectivo(s) Subsidio(s)”; efectos que producirían los términos y condiciones de dicho concurso en el o los mismos.*

**V. Acumulación de Autos**

5. A fojas 878, con fecha 25 de junio de 2009, el Tribunal ordenó, de oficio, acumular a la causa ingresada con el Rol C 179-2008 aquella ingresada con el Rol C 188-2009.

**VI. Prueba rendida.**

6. *Documentos acompañados por las partes:*

6.1. Netland acompañó: a fojas 226: (i) Copia de las Bases Específicas del Concurso Público para la Asignación del Proyecto Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su respectivo Subsidio; (ii) Copia de seis cartas certificadas notificando a Netland Chile S.A. de los decretos mediante los cuales se otorgaron o modificaron las concesiones de servicio público de transmisión de datos de que es titular; (iii) Copia de veintinueve facturas emitidas por Netland Chile S.A. por servicio de transmisión de datos; (iv) Copia de mapa remitido por la Subsecretaría de Telecomunicaciones a Netland Chile S.A., identificando como carente de cobertura una zona en que Netland presta servicios de transmisión de datos; (v) Mapa de cobertura de Netland Chile S.A., en blanco y negro. A fojas 245: (vi) Mapa de cobertura de Netland Chile S.A., en colores. A fojas 286: (vii) Copia de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

informe “Análisis Concurso de Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación 2008”, del área de asesoría parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional; (viii) Copia de la columna de opinión del Sr. Oscar Cabello, titulada “¿Banda ancha en todo Chile?” publicada en el Diario La Tercera en diciembre de 2008; (ix) Copia de Proyecto de Acuerdo N° 706 de la H. Cámara de Diputados, relativo al concurso de autos, de enero de 2009. Y, a fojas 2262: (x) Copia de Oficio Ordinario N° 37078/FDT-2, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones al Consorcio Entel, de 21 de diciembre de 2009, por medio del cual informa la adjudicación del Concurso a dicho consorcio.

**6.2.** Netland Chile S.A. y Marcom Ltda., actuando conjuntamente, acompañaron, a fojas 977: (i) Informe Económico de Israel Mandler Snaider, titulado “Tarifas y Costos de Acceso a Internet”; (ii) Acta notarial de visitas e impresiones de páginas web del portal “Enlaces” del Ministerio de Educación, de 6 de julio de 2009. Y, a fojas 2694: (iii) Copia de publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo N° 156, de 30 de junio de 1997, que otorga concesión de servicio público de telefonía móvil digital 1900 a Entel Telefonía Móvil S.A.

**6.3.** El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones acompañó: a fojas 118 del cuaderno de medida cautelar: (i) Texto refundido de bases específicas del Concurso (que también acompañó a fojas 551, 842 y 2707 del cuaderno principal). A fojas 136 del cuaderno de medida cautelar: (ii) Copia de los avisos de modificación de las bases específicas del Concurso, publicados en el Diario Oficial de 30 de octubre de 2008 y en la página web de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. A fojas 551: (iii) Copia de Resolución Exenta N° 746, de 2004, que fija norma técnica para el uso de banda de frecuencias 2.400 – 2.438,5 MHz, y de la Resolución Exenta N° 1640, de 2006, que la modificó, ambas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones; (iv) Copia de Resolución Exenta N° 1.261, de 2004, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que fija norma técnica para el servicio de banda ancha local; (v) Acta de apertura de las propuestas del Concurso, de 2 de marzo de 2009, y acta de apertura de los proyectos financieros del Concurso, de 13 de marzo de 2009 (que también acompañó a fojas 842 del cuaderno principal); (vi) Copia de páginas de la Ley de Presupuestos para el año 2009, correspondientes a la partida 19, capítulo 2, Programa 1 (que también acompañó a fojas 842 del cuaderno principal); (vii) Convenio de programación entre el MTT y el Gobierno Regional Metropolitano de Santiago, para la ejecución del proyecto “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación de la Región Metropolitana”, de octubre de 2008; (viii) Impresión de información contenida en la página web de Netland. A fojas 364 del cuaderno de medida cautelar: (ix) Informes

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de evaluación económica y social de los proyectos de la cartera subsidiable de proyectos del FDT 2008; (x) Copia de Resolución Exenta N° 1.125, de 2008, del MTT, que establece instructivo para la presentación de proyectos financieros en el marco de los concursos públicos del fondo de desarrollo de las telecomunicaciones; (xi) Copia de Resolución Exenta N° 266, de 2008, del MTT, que fija norma técnica para el uso de banda de frecuencias 2.300 – 2.400 MHz; (xii) Copia de presentación efectuada por Netland ante la Contraloría General de la República a fin de que se declare ilegal el Concurso, de la solicitud de informe formulada por dicho organismo a la Subsecretaría de Telecomunicaciones y de la correspondiente respuesta. A fojas 842: (xiii) Copia del Acta de Sesión XIX, de 17 de marzo de 2009, del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en que se resolvió adjudicar el Concurso a Inverca Telecomunicaciones S.A.; (xiv) Convenio de programación entre el MTT y el Gobierno Regional de Bío Bío, para la ejecución del proyecto “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación de la VIII Región”, de octubre de 2008; (xv) Impresión de información contenida en la página web de Marcom. A fojas 918: (xvi) Decreto Supremo N° 131, de 11 de marzo de 2006, del MTT, que designa al Subsecretario de Telecomunicaciones; (xvii) Resolución Exenta N° 644, de 28 de febrero de 2008, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que modifica el nombre y estructura, y destina funcionarios a la nueva División Gerencia del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones; (xviii) Copia de sentencias de la ltma. Corte de Apelaciones y de la Excma. Corte Suprema, recaídas en el recurso de protección deducido por Luzlinares S.A. y Luzparral S.A. en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (que también acompañó a fojas 1.101 del cuaderno principal). A fojas 1.101: (xix) Actas notariales de visitas e impresiones extraídas de las páginas webs [www.netlandchile.com](http://www.netlandchile.com), [www.marcom.cl](http://www.marcom.cl), y [www.stel.cl](http://www.stel.cl), de 19 de agosto de 2009; (xx) Copia de informe presentado por Netland a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de agosto de 2007, que da cuenta de su modelo de negocio, modelo de red y regulación; (xxi) Copia de los documentos de validación de cartera de proyectos de las regiones del Bío Bío y Metropolitana, con sus anexos; (xxii) Presentación de la Intendente y Ejecutiva del Gobierno Regional de la Araucanía ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de marzo de 2008, en que se solicita incorporación al Cluster Forestal de la Araucanía a los beneficios del FDT; (xxiii) Presentación de la Gobernadora de la Provincia de Cordillera ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de julio de 2007, en que solicita dar prioridad al proyecto “San José de Maipo Ciudad Digital”; (xxiv) Carta del Presidente del Comité La Estrella de Popeta, a la Presidenta de la República, de junio de 2007, en que solicita apoyo para contar con conectividad, y respuesta emitida por el Gabinete Presidencial y por la Subsecretaría de Telecomunicaciones; (xxv) Presentación del

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Alcalde (s) de la comuna de Coelemu, ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de julio de 2007, en que solicita la evaluación técnica del proyecto “Iluminación Wi-Fi para el sector urbano de la comuna de Coelemu” y de la correspondiente respuesta; (xxvi) Presentación del Alcalde de la I. Municipalidad de Hualpén ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de agosto de 2007, en que postula al FDT el proyecto “Carretera inalámbrica para la Ciudad de Hualpén” y de la correspondiente respuesta; (xxvii) Presentación de la Intendente de Santiago ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de agosto de 2007, en que solicita un proyecto de conectividad para las escuelas rurales de las comunas que componen la zona denominada “Rutas del Sol”, de las provincias de Melipilla y Talagante, y de la correspondiente respuesta; (xxviii) Presentación de Gobernadora Provincia Cordillera ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, de abril de 2007, en que solicita información relativa a fondos concursables; (xxix) Impresión de noticia titulada “Telefonía e Internet, la apuesta de Leonidas Vial y sus socios en Stel”, publicada en el diario El Mercurio, en septiembre de 2008; (xxx) Informe del Departamento de Ingeniería de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, relativo a factibilidad técnica de Netland de prestar servicios de Internet a establecimientos de la red Enlaces en las provincias de Maipo, Talagante y Melipilla; (xxxi) Ejemplar Revista del Campo, que forma parte del diario El Mercurio, de 27 de julio de 2009. A fojas 2707: (xxxii) Copia de “Encuesta sobre acceso, uso y usuarios de Internet banda ancha en Chile”. Informe Final, junio 2009; (xxxiii) Copia del Acta de Sesión XXIII, de 21 de diciembre de 2009, del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en que se resolvió adjudicar el Concurso al Consorcio Entel; (xxxiv) Copia de Oficio Ordinario N° 37078/FDT-2, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones al Consorcio Entel, de 21 de diciembre de 2009, por medio del cual informa la adjudicación del Concurso a dicho consorcio; (xxxv) Dictamen N° 12.901 de la Contraloría General de la República, de 10 de marzo de 2010, que cursa los decretos Nos 1 a 18, del MTT; (xxxvi) Barómetro Cisco de Banda Ancha Chile 2003 – 2010, resultados a junio 2009; (xxxvii) Copia de “Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha”; (xxxviii) Decretos de concesión de servicio público de transmisión de datos e intermedios de telecomunicaciones, todos de 7 de enero de 2010; (xxxix) Copia de documento “Diseño y aplicación de metodología de evaluación social de proyectos de telecomunicaciones”, AVG Group Ltda, Subtel 2007.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**7. Exhibición de documentos del MTT:**

A fojas 1.111, con fecha 25 de agosto de 2009, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 4 de agosto de 2009 (fojas 922), el MTT procedió a exhibir una serie de documentos de los que, fojas 1328, con fecha 1 de septiembre de 2009, la parte demandante solicitó que se agregue copia a proceso: (i) “Evaluación Económica (Privada y Social), Región Metropolitana”; (ii) “Evaluación Económica (Privada y Social), Región del Maule”; (iii) “Informe de evaluación económica y social de los proyectos de la cartera subsidiable de proyectos del FDT 2008. Informes parciales 2 y 3. Versión corregida y aumentada”; y, (iv) “Informe de evaluación económica y social de los proyectos de la cartera subsidiable de proyectos del FDT 2008. Informe parcial 4. Versión corregida”.

**8. Testimonial rendida por las partes:**

**8.1.** Por Netland y Marcom: (i) a fojas 1113, el señor Efraín Gonzalo González Morales; (ii) a fojas 1118 y a fojas 1342, el señor Israel Simón Mandler Snaider; (iii) a fojas 1331, el señor Oscar Mario Cabello Araya; y, (iv) A fojas 1350, el señor John Herbert Grollmus Merino.

**8.2.** Por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones: (i) a fojas 2186, el señor Cristián Rodrigo Núñez Pacheco, encontrándose la transcripción a fojas 2190; (ii) a fojas 2188, el señor Nazre El Hureimi Facuse, encontrándose la transcripción a fojas 2211; y, (iii) a fojas 2189 y a fojas 2266, el señor Raúl Arrieta Cortés, encontrándose la transcripción a fojas 2267.

**9. Oficios y otros antecedentes recabados de terceros:**

**9.1.** A fojas 290, con fecha 27 de enero de 2009, el Tribunal accedió a la solicitud de Netland Chile S.A., en cuanto se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) a fin de que informe al tenor de la demanda y la contestación de autos.

A fojas 292, con fecha 12 de marzo de 2009, la FNE informó al respecto, señalando que:

(i) En cuanto a la conducta de precios predatorios, es posible suponer que la tarifa de \$15.000 cubre los costos medios variables, pero no los costos medios totales, ni posibles inversiones incrementales de la empresa;

(ii) Respecto a los subsidios que introducirá el Concurso, la FNE concluye que éstos: a) favorecerán a empresas con cobertura nacional y distorsionan la competencia existente eliminando la inversión actual o potencial de las empresas

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que ya están proveyendo el servicio en las localidades concursadas; b) No parecen estar justificados en razones de eficiencia (economías de escala y densidad); y, c) generan incentivos inadecuados para la inversión en banda ancha al regular la tarifa de venta (y no una de acceso a la red), no exigir una tecnología distinta de la existente (para evitar duplicar infraestructura) y subsidiar la oferta (no la demanda o la construcción de infraestructuras abiertas)

Agrega la FNE que parece poco justificable asignar un subsidio para proveer acceso a Internet en zonas donde ya existe un oferente de servicios similares, y asignar un subsidio único a nivel nacional atendida la disparidad de condiciones de las 1.474 localidades.

Concluye que, si bien el Concurso podría generar ganancias de bienestar en el corto plazo, distorsiona gravemente las condiciones de competencia para los ISP actuales y potenciales, y podría desincentivar inversiones en tecnología próximamente sustitutas (3G).

Todo lo anterior, afirma la FNE, sin perjuicio de otros bienes jurídicos diversos de la defensa de la competencia.

**9.2.** A fojas 981 y 1417, con fechas 13 de agosto y 15 de septiembre de 2009, respectivamente, el Tribunal accedió a las solicitudes de Netland, en cuanto se ordenó oficial a Telmex S.A. a fin de que informe acerca de los lugares en que tiene factibilidad técnica y presta efectivamente servicio de acceso a internet a un precio de \$15.000. Este oficio no fue respondido.

**9.3.** A fojas 1108, con fecha 25 de agosto de 2009, el Tribunal accedió a la solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en cuanto se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica a fin de que, habida cuenta de los nuevos antecedentes allegados al proceso con posterioridad a su informe de fojas 292, lo complemente en caso de estimarlo procedente.

A fojas 1485, con fecha 1 de octubre de 2009, la Fiscalía Nacional Económica informó al respecto, señalando que:

(i) Respecto de la conducta de competencia desleal por oferta engañosa denunciada, el potencial entrante carece de posición de dominio y no ha efectuado publicidad de sus servicios, supuestos básicos de la conducta. En cualquier caso, el solo hecho de que la velocidad mínima garantizada pueda alcanzar un 10% de la comprometida no constituye, por sí solo, publicidad engañosa.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

(ii) Respecto de la conducta de precios predatorios, no concurren los supuestos básicos de esta conducta, dado que el potencial entrante carece a la fecha de posición de dominio, y no se visualizan riesgos de que la adjudicataria aumente el precio en el futuro, para recuperar pérdidas.

En todo caso, la FNE es de opinión que la Subsecretaría de Telecomunicaciones puede ser sujeto pasivo de una acción anticompetitiva, en cuanto a su eventual responsabilidad como regulador, en los términos del Concurso y su ejecución.

Respecto al resultado del Concurso, la inexistencia de subsidios hace desaparecer los efectos distorsionadores explicados en el informe anterior de la FNE. En cambio, los potenciales daños a la competencia se relacionan con la concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones.

Por ello, la FNE recomienda que se regule eficientemente el acceso de facilidades en la red de fibra óptica a desplegar por el adjudicatario y que la Subsecretaría de Telecomunicaciones licite los otros dos bloques disponibles en las frecuencias 2.300-2.400 MHz, a fin de evitar una excesiva concentración en este mercado.

**9.4.** A fojas 1421, el Tribunal accedió a la solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en cuanto se ordenó oficiar a: Hugo Lavados Montes, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción; Oscar Santelices Altamirano, Director del Servicio Nacional de Turismo; Juan Nazal Chacón, Subdirector de Áreas Transversales TIC; Cristina Orellana Quezada, Gerente General de Servicio de Cooperación Técnica SERCOTEC; Pedro Goic Borojevic, Secretario Ejecutivo de Programa Chile Emprende; Rodrigo Vega Alarcón, Director Ejecutivo de la Fundación para la Innovación Agraria (FIA); Oscar Ávila, Ex Seremi del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones VI Región; Karina Vargas, ex Seremi del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones III Región; Juan Carlos Treiman, representante del Gobierno Regional III Región; Nayib Tala, ex directora general de Arquitectura Copiapó; Patricio Villaroel, ex Seremi (s) de MINVU de Atacama, II Región; Rodrigo Sepúlveda, ex Consejero Regional de la VII Región; George Bordachar Sotomayor, ex Consejero Regional de la VII Región; Enrique Muñoz, Consejero Regional de la VII Región; Mario Fuenzalida, presidente de la Comisión de Estrategia y ex Consejero Regional de la VII Región; Alexis Sepúlveda Soto, ex Intendente y Consejero Regional de la VII Región; Agustín Vial Armstrong, Vicario Localidad Villa Prat; Ruperto González, ex Concejal de la comuna de Penciahue; Servicio de Cooperación Técnica SERCOTEC; Sr. Intendente de la Región de Arica y Parinacota; Sr. Intendente de la Región de Tarapacá; Sr. Intendente de la Región de Antofagasta; Sr. Intendente de la Región de Atacama; Sr. Intendente de la



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Región de Coquimbo; Sr. Intendente de la Región de Valparaíso; Sr. Intendente de la Región del Libertador Bernardo O'Higgins; Sr. Intendente de la Región del Maule; Sr. Intendente de la Región del Bío Bío; Sr. Intendente de la Región de la Araucanía; Sr. Intendente de la Región de Los Ríos; Sr. Intendente de la Región de Los Lagos; Sr. Intendente de la Región Aysén del Gral. Carlos Ibáñez del Campo; Sr. Intendente de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena; Sr. Intendente de la Región Metropolitana; Sr. Gobernador de la Provincia de Santiago; Sr. Gobernador de la Provincia de Cordillera; Sr. Gobernador de la Provincia de Chacabuco; Sr. Gobernador de la Provincia de Maipo; Sr. Gobernador de la Provincia de Melipilla; Sra. Gobernadora de la Provincia de Talagante; Sr. Alcalde de Talagante; Marigen Hornkohl Venegas, Ministra de Agricultura; Instituto Nacional de Estadísticas; Ministerio de Planificación y Cooperación; Subsecretaría de Salud; Subsecretaría de Educación y Junta Nacional de Jardines Infantiles, a fin de que proporcionaran los antecedentes con los que pudiera contar respecto de las necesidades de conectividad que motivaron el llamado a concurso público en las localidades obligatorias dentro del marco del Proyecto "Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación". Asimismo, se ordenó oficiar a Pablo Bello Arellano, en su calidad de Secretario Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, a efectos de que acompañara los antecedentes que obren en su poder relativos al proyecto "Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación", y a Javier Luis Egaña Barahona, en su calidad de Secretario Ejecutivo de la Comisión Bicentenario, a fin de que informara si el Proyecto "Infraestructura para la Competitividad e Innovación" forma parte de los proyectos Bicentenario, y los efectos y repercusiones de dicha circunstancia.

Esos oficios fueron contestados por: Javier Luis Egaña, Secretario Ejecutivo de la Comisión Bicentenario, a fojas 1476; Instituto Nacional de Estadísticas, a fojas 1482; Mario Fuenzalida Villagrán, Consejero Regional del Maule, a fojas 1511; Ministerio de Planificación, a fojas 1514, Francisco Gómez Ramírez, Gobernador Regional de Melipilla, a fojas 1614; Rodrigo Vega Alarcón, Director Ejecutivo Fundación para la Innovación Agraria, Ministerio de Agricultura, a fojas 1866; Nicolás Pavez Cuevas, Gobernador Provincia de Chacabuco, a fojas 1867; Nora Barrientos Cárdenas, Intendente y Ejecutiva del Gobierno Regional de la Araucanía, a fojas 1881; Viviana Ireland Cortés, Intendenta Regional de Atacama, a fojas 1885; Junta Nacional de Jardines Infantiles, a fojas 1888; Nayib Tala González, Director Regional de Arquitectura Región de Atacama, a fojas 1891; Enrique Muñoz González, Consejero Regional del Maule, a fojas 1894; Marigen Hornkohl Venegas, Ministra de Agricultura, a fojas 2145; Iván de la Maza Maillet, Intendente de la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Región de Valparaíso, a fojas 2153; Ricardo Cifuentes Lillo, Intendente Región de Coquimbo, a fojas 2176; Cristina Orellana Quezada, Gerenta General del Servicio de Cooperación Técnica, a fojas 2225; Igor Garafulic Olivares, Intendente Región Metropolitana de Santiago, a fojas 2252; Cristián Martínez Ahumada, Subsecretario de Educación, a fojas 2255; Pablo Bello Arellano, Secretario Ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, a fojas 2610; y Oscar Santelices Altamirano, Director Nacional de Sernatur, a fojas 2624.

**10.** *Absolución de posiciones:*

**10.1.** A solicitud de Netland y Marcom, actuando conjuntamente, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 25 de agosto de 2009 (fojas 1108), a fojas 1411, con fecha 10 de septiembre de 2009, absolvió posiciones el señor Guillermo Eugenio de la Jara Cárdenas, en representación del señor René Cortázar Sanz, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones.

**10.2.** A solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 10 de marzo de 2010 (fojas 2331), a fojas 2640, con fecha 7 de abril de 2010, absolvió posiciones el señor Felipe Barros Tocornal, Gerente General de Netland Chile S.A., encontrándose la transcripción a fojas 2652.

**10.3.** A solicitud del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 10 de marzo de 2010 (fojas 2331), a fojas 2651, con fecha 8 de abril de 2010, absolvió posiciones el señor Mauricio Robles Villablanca, encontrándose la transcripción respectiva a fojas 2666.

**11.** A fojas 2694 formularon observaciones a la prueba Netland y Marcom, actuando conjuntamente y, a fojas 2707, lo hizo el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

**Y CONSIDERANDO:**

**En cuanto a las tachas**

**Primero:** Que la parte demandada, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, formuló tacha respecto del testigo don Efraín González Morales, como consta a fojas 1114, invocando la causal establecida en el numerales 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, carecer el testigo de imparcialidad al tener un interés directo o indirecto en el pleito.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Fundamenta su alegación en que Netland S.A. provee servicios de internet al Sr. Gonzalez. Las partes demandantes, evacuando el traslado conferido por el Tribunal, solicitaron el rechazo de la tacha, argumentando que no puede atribuírsele al testigo un interés económico en los resultados de este juicio;

**Segundo:** Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocadas respecto del testigo Sr. González, ésta será rechazada, pues el hecho de que sea cliente de una de las empresas demandadas no permite configurar, a juicio de este Tribunal, la causal de inhabilidad establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, pues no existen antecedentes que puedan hacer suponer la existencia por su parte de algún interés de naturaleza patrimonial en los resultados de este pleito. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Tercero:** Que la parte demandada también formuló tacha respecto del testigo don Israel Simón Mandler Snaider, como consta a fojas 1119 y 1120, invocando la causal establecidas en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por considerar que este testigo carece de imparcialidad al tener un interés directo o indirecto en el pleito en razón de haber realizado un informe económico que la parte demandante Netland S.A. acompañó a estos autos. Que evacuando el traslado conferido por el Tribunal, las demandantes solicitaron el rechazo de la tacha formulada, en razón de que el testigo se limitó a realizar un informe de experto, el que fue debidamente remunerado antes de prestar su testimonio acerca de cuyo contenido precisamente se presentó a declarar. Adicionalmente, las demandantes hicieron presente que el testigo ha prestado en varias ocasiones servicios remunerados a la subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y no por ello consideran afectada su imparcialidad;

**Cuarto:** Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocadas respecto del testigo Sr. Mandler, ésta será desestimada, pues no se aprecia de qué modo pudiese configurarse a su respecto la causal de inhabilidad establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no existen antecedentes que puedan hacer suponer la existencia por su parte de algún interés de naturaleza patrimonial en los resultados de este juicio. Ello sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Quinto:** Que asimismo, la parte del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones formuló tachas en contra del testigo don Oscar Mario Cabello Araya, como consta a fojas 1335, invocando las causales establecidas en los numerales 6 y 7 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por carecer el testigo, a su juicio, de imparcialidad al tener un interés directo o indirecto en el pleito, y enemistad respecto de las personas contra quien declara. A fojas 1396 y siguientes, la incidentista fundamentó tales tachas; la del artículo 358, número 6 del código citado en virtud de que el testigo es socio de la consultora “Alfa Centauro”, a la que está vinculado también don Israel Mandler Snaider como “consultor asociado”. Este último profesional elaboró un informe económico que fue acompañado por una de las demandantes -Netland Chile S.A.- a estos autos. Por ello, el Sr. Cabello tendría un interés pecuniario en el juicio, en versión de la demandada. A su turno, funda la del artículo 358, número 7, en que (i) el testigo mantiene un litigio pendiente contra el Fisco de Chile por supuestos honorarios que le adeudaría la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, (ii) habría expresado diferencias con la subsecretaría mencionada respecto de la selección de consultores para un proceso tarifario y, (iii) expresó sus opiniones respecto de posibles efectos negativos del Concurso que motiva estos autos en un artículo de prensa. De esas tachas se confirió traslado a fojas 1406, el que no fue evacuado por ninguna de las demandantes;

**Sexto:** Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocada, éstas serán rechazada, por considerar este Tribunal, en primer término, que de los dichos del señor Cabello no puede desprenderse la existencia de interés de su parte en los resultados de este juicio sino que, por el contrario, éste expresó no tener interés patrimonial alguno en los mismos, sin que pueda alterar lo concluido el que el Sr. Mandler -asociado de la consultora en cuya propiedad el testigo participa- haya elaborado un informe técnico para una de las partes de este juicio pues, tal como aclaró el Sr Cabello a fojas 1332, lo hizo directamente y bajo su exclusiva responsabilidad y no por cuenta de tal consultora. Que, en lo que toca a la otra causal de inhabilidad invocada, no es posible establecer a partir de las alegaciones de la incidentista la existencia de hechos graves que configuren una enemistad del testigo Sr. Cabello respecto de la demandada, pues dan cuenta, por una parte, de la existencia de honorarios adeudados en razón de supuestos trabajos realizados para una de las subsecretarías del ministerio demandado, cuando ésta era encabezada por autoridades distintas a las de la época del testimonio. Además, de los propios dichos del testigo se desprende que éste es un colaborador habitual del ministerio demandado. Por otra parte, dada la calidad de experto en el campo de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

las telecomunicaciones del Sr. Cabello, no pueden ser consideradas manifestaciones de enemistad el tener algunas divergencias con criterios de la autoridad sectorial en materias técnicas. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

**Séptimo:** Que, por último, la parte demandada interpuso tacha en contra del señor John Herbert Grollmus Merino como consta en el acta de fojas 1350 y siguientes y la presentación de fojas 1403 y siguientes, invocando la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, carecer el testigo de imparcialidad al tener al menos indirecto en el pleito toda vez que declaró en la audiencia respectiva que, de rechazarse la demanda de autos, *“...implicaría que en consultorios y escuelas donde actualmente tengo servicios contratados éstos sean terminados, por lo tanto en ese sentido si me produciría un perjuicio a la empresa...”*, para añadir seguidamente que *“...el precio asignado a los valores de servicio de Internet según nuestros propios estudios están por debajo de los costos de explotación en zonas rurales lo cual nos deja fuera del mercado...”*. De la tacha se confirió traslado a fojas 1406, el que no fue contestado por las demandantes.

**Octavo:** Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada relación con el testigo Sr. Grollmus, respecto de la causal establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, ésta será acogida, pues en su declaración ha reconocido la existencia de interés de su parte en los resultados de este juicio, de naturaleza patrimonial;

**En cuanto al fondo**

**Noveno:** Que las conductas imputadas al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tanto por Netland Chile S.A. (en adelante también Netland), como por Marcom Limitada (en adelante también Marcom), en sus respectivas demandas, dicen relación con presuntas infracciones al Decreto Ley N° 211, cometidas con ocasión del llamado al concurso público “Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su Respectivo Subsidio Correspondiente al Programa Anual de Proyectos Subsidiarios del año 2008, del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones”, en adelante también “el Concurso”, que contempla subsidios destinados a la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio público de transmisión de datos en 1.474 localidades del país;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Décimo:** Que ambas demandantes, con los argumentos que se consignan en detalle en la parte expositiva de la presente sentencia, hacen consistir dichas infracciones fundamentalmente en lo siguiente: (i) que el diseño de las bases del Concurso impondría una barrera a la entrada de operadores de carácter local o regional; (ii) que los subsidios otorgados en localidades donde ya existe un operador prestando servicios propiciaría prácticas predatorias y de competencia desleal; y, (iii) que en determinadas localidades, dada la existencia de proveedores privados de los servicios que se pretende subsidiar, sería ilegal utilizar el Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones (FDT);

**Undécimo:** Que la demandante Marcom añade una imputación adicional en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones referente a la comisión por parte de dicha autoridad de un supuesto “fraude a la ley”, el que hace consistir en la asignación, sin sujeción a lo dispuesto en el artículo 13 C, de la Ley General de Telecomunicaciones, de concesiones sobre frecuencias a una empresa que se adjudicó el concurso y no solicitó subsidio alguno. Lo anterior permitiría, en su versión, reducir los costos asociados al desarrollo de la actividad empresarial de dicha adjudicataria otorgándole una ventaja competitiva contraria al Decreto Ley N° 211;

**Duodécimo:** Que, atendido lo anterior, las demandantes solicitan a este Tribunal dejar sin efecto el concurso en cuestión y disponer que la demandada podrá realizar uno nuevo que no implique las presuntas infracciones señaladas, y en zonas que carezcan de cobertura de proveedores del servicio que se pretende subsidiar. Además, solicitan se condene en costas al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones;

**Decimotercero:** Que la demandada, por su parte, contradujo todos los cargos con los argumentos largamente consignados en la parte expositiva de la presente sentencia y, en consecuencia solicitó, en sendas contestaciones, el rechazo de las demandas en todas sus partes, con expresa condenación en costas de las demandantes;

**Decimocuarto:** Que para efectos de dejar establecido el marco analítico que informará los razonamientos que siguen, debe tenerse presente que los actos de autoridad encaminados a diseñar o implementar políticas públicas, entre las que se cuentan subsidios como el de autos, tienen como finalidad promover una amplia gama de bienes que se han definido como socialmente deseables en el proceso político;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Decimoquinto:** Que la consecución de algunos de dichos fines u objetivos eventualmente puede afectar el correcto funcionamiento del proceso competitivo en determinados mercados, que es el bien jurídico que se protege en esta sede;

**Decimosexto:** Que por ello, y atendida la finalidad de preservar nuestro orden público económico, en lo que a la protección y promoción de la libre competencia se refiere, este Tribunal está facultado para conocer y juzgar cualquier acto, hecho o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, con independencia de quien los ejecute o celebre, pudiendo imponer sanciones y disponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas;

**Decimoséptimo:** Que en lo que hace a los actos de autoridad, cabe tener presente que, cuando éstos están dirigidos a la consecución de determinados fines de política pública -por medio de la asignación de recursos o derechos, o de la imposición de gravámenes que tengan actual o potencialmente consecuencias en el desarrollo del proceso competitivo en uno o más mercados-, pueden ser eventualmente conocidos y juzgados en esta sede, con el objeto de establecer si las restricciones a la competencia que tales actos de autoridad pudiesen entrañar son susceptibles de sanción conforme al Decreto Ley N° 211, o requieren del ejercicio de otras facultades de este Tribunal para la promoción de la libre competencia y la prevención de actos que puedan afectarla, como sería la proposición de modificación normativa;

**Decimooctavo:** Que lo anterior es así pues las normas que buscan proteger y promover la libre competencia en los mercados son una parte esencial del orden público económico, en tanto están destinadas a tutelar derechos garantizados por la propia Constitución que deben ser respetados por los privados, por el Estado y sus organismos, pues concurren a fundamentar el sistema económico consagrado en nuestra Carta Fundamental;

**Decimonoveno:** Que, en efecto, en los casos en los que la autoridad asigna recursos o derechos, las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211 contribuyen al objetivo de tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, en la medida en que su aplicación prevenga o reprima los casos en que tal asignación importe la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo e injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado, desde el punto de vista de la libre competencia;

**Vigésimo:** Que, adicionalmente, las normas de defensa de la competencia pueden también contribuir a tutelar la garantía de la no discriminación del Estado en el trato en materia económica, contenida en el artículo 19 N° 22 de la Constitución, en particular en aquellos casos en los que un acto de autoridad establece

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, que lesionan o ponen en peligro la igualdad de oportunidades de los agentes económicos para competir en un determinado mercado;

**Vigésimo primero:** Que, en consecuencia, y aun cuando las restricciones a la competencia que alguna política pública pueda entrañar estén efectivamente justificadas, éstas deben procurar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados. Así también se ha considerado en otras jurisdicciones (por ejemplo, en el documento de la agencia de competencia española *“Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia”*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/>);

**Vigésimo segundo:** Que el derecho de defensa de la competencia, entonces, impone a las autoridades del Estado, al momento de diseñar e implementar sus políticas públicas, el deber de ponderar los fines de la regulación sectorial o especial de que se trate con la protección de la libre competencia, de tal forma que la aplicación de dicha regulación sea compatible con ella;

**Vigésimo tercero:** Que, establecido lo anterior, en las consideraciones que siguen se abordará el fondo de las cuestiones sometidas al conocimiento de este Tribunal y, para ello, se razonará en el siguiente orden: (i) se determinará el o los mercados relevantes en lo concerniente al concurso, en tanto mecanismo para asignar el subsidio; (ii) seguidamente, se analizarán las imputaciones referidas a la legalidad y al diseño del referido concurso, y los efectos que tal diseño pudiese implicar para la competencia por el subsidio (“por la cancha”); (iii) a continuación, se determinará el o los mercados en cuyo proceso competitivo incide el subsidio propiamente tal; y, (iv) finalmente, se efectuará la apreciación y calificación de las conductas imputadas en autos al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que dicen relación con los eventuales efectos restrictivos de la libre competencia, actuales o potenciales, del subsidio licitado. Todo lo anterior, teniendo presente los fines de política pública perseguidos por la autoridad al licitar el subsidio que está en la base del conflicto sometido al conocimiento de este Tribunal;

**Vigésimo cuarto:** Que, en primer término, este Tribunal considera que el mercado relevante en lo relacionado con la competencia por la asignación del subsidio (el Concurso), está definido por el objeto del concurso público, el que se puede describir, en pocas palabras, como la provisión del servicio de transmisión de datos para acceso a internet de banda ancha, con características técnicas específicas (1 Mb de velocidad, tasa de agregación de uno a diez, entre otros), a 1.474 localidades definidas en las Bases del concurso, con un precio máximo de \$15.000 mensuales,



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

IVA incluido. El concurso público sería adjudicado a la postulación que, cumpliendo con los requerimientos técnicos, solicitara el menor subsidio considerando el precio determinado por la autoridad. Adicionalmente, el Concurso especifica el deber del adjudicatario de ofrecer servicios intermedios de telecomunicaciones;

**Vigésimo quinto:** Que, al respecto, las demandantes cuestionan la legalidad del llamado al concurso público, pues éste incluye zonas en las que ya existen operadores privados prestando servicios de transmisión de datos, como es el caso de Netland y Marcom en las zonas indicadas en el razonamiento septuagésimo octavo. Ello implicaría, en su versión, una contravención al artículo 28° A de la LGT que establece que el objetivo del FDT es *“promover el aumento de cobertura de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, especialmente respecto de localidades ubicadas en zonas geográficas extremas o aisladas”*. Las actoras sostienen que este artículo sólo permite subsidiar la provisión de servicios de telecomunicaciones en zonas donde no existan prestadores de los mismos. La demandada, por su parte, sostiene que determinar si la autoridad aplicó correctamente o no la ley en lo referido a este punto, no es una cuestión que esté entregada a la competencia de este Tribunal, sin perjuicio de entregar argumentos a favor de la legalidad del Concurso, ya reseñados en la parte expositiva de esta sentencia;

**Vigésimo sexto:** Que, en sentido contrario a lo expuesto por la demandada, es deber de este Tribunal pronunciarse respecto de los hechos, actos o convenciones de la autoridad pública en cuanto éstos pudieren atentar contra la libre competencia. Para ello, debe realizar el análisis de la aplicación de las normas sectoriales efectuada por dicha autoridad, con el objeto de determinar su compatibilidad con el respeto del bien jurídico que protege el Decreto Ley N° 211. Lo anterior, sin perjuicio de los efectos que tal actuación pueda concurrentemente tener sobre bienes jurídicos distintos que otras sedes están llamadas a tutelar, pues de un mismo acto pueden derivarse consecuencias fácticas y jurídicas de diversa naturaleza;

**Vigésimo séptimo:** Que lo anterior se desprende, en primer término, del tenor de los artículos 3° y 18° N° 1, ambos del Decreto Ley N° 211, que otorgan competencia a este Tribunal para conocer y juzgar respecto de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir tales efectos;

**Vigésimo octavo:** Que, adicionalmente, el hecho de que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones –a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones– tenga la facultad exclusiva para interpretar la preceptiva sectorial para efectos administrativos, no es obstáculo para que se realice un control

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

judicial de sus actuaciones. Sostener lo contrario no sólo pugna con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, sino también con lo preceptuado en la propia LGT;

**Vigésimo noveno:** Que, en efecto, la Ley N° 18.168 establece que corresponde al Ministerio señalado en la consideración anterior, la aplicación y control de dicha norma y de otras disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones en Chile, y la interpretación técnica de todas ellas para efectos administrativos, pero también dispone, en su artículo 6º, que ello es “...*sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973.*”;

**Trigésimo:** Que en el mismo sentido se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de siete de julio de dos mil diez, sobre recurso de reclamación recaído en la Sentencia N° 88 de este Tribunal, ingresado en el Supremo Tribunal con el número 8077-2009. La consideración undécima de dicho fallo, luego de realizar razonamientos similares a los consignados en las dos consideraciones precedentes, señaló que “[e]n definitiva, el valor en juicio de los dictámenes provenientes de la Subtel depende de su contenido. Es así que si se trata de materias técnicas los tribunales pueden considerarlos como una opinión especializada, en tanto si se trata de cuestiones jurídicas pueden ser estimados como un parecer ilustrado.”;

**Trigésimo primero:** Que, por lo dicho en las consideraciones precedentes, este Tribunal analizará la aplicación dada por la demandada al mencionado artículo 28º A de la LGT, así como el resto de sus actuaciones que son objeto de imputaciones en autos;

**Trigésimo segundo:** Que, en primer término, cabe tener presente que el objetivo que persigue el FDT, consagrado en la norma en análisis, es el de “*promover el aumento de cobertura de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, especialmente respecto de localidades ubicadas en zonas geográficas extremas o aisladas*”. A juicio de este Tribunal, ello no se agota necesariamente -como pretenden las demandantes- con la asignación de subsidios destinados a aumentar la extensión geográfica de tales servicios, de manera que se permita el acceso a personas que habitan en localidades que carecen de los mismos. Ciertamente incluye la posibilidad de que se aumenten los niveles de penetración de tales servicios en zonas que ya presentan alguna cobertura, así como la mejora de su calidad, de modo que se preste en condiciones que se asemejen más a las que prevalecen en otras zonas del país. Lo anterior es consecuencia de que la ley no hace distinción alguno respecto de la presencia, actual o potencial, de prestadores de servicios de telecomunicaciones y solamente hace

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

referencia a la existencia de una preferencia por zonas urbanas o rurales ubicadas en zonas extremas o que presenten la condición de aislamiento, o con una determinada situación socioeconómica de sus habitantes;

**Trigésimo tercero:** Que, por lo tanto, tras el objetivo declarado en el artículo 1º de las bases específicas del concurso público *sub lite*, esto es “...*reducir el aislamiento de importantes sectores rurales al mismo tiempo que la desigualdad en precio y calidad de las prestaciones que se ofrecen entre dichos sectores y las ciudades*”, sin hacer distingo alguno referente a si esos sectores poseen o no prestadores de servicios de transmisión de datos, subyace una interpretación jurídicamente correcta del artículo 28º letra A, por lo que la alegación de ilegalidad debe ser desestimada;

**Trigésimo cuarto:** Que lo establecido en la consideración precedente es sin perjuicio del análisis que, desde el punto de vista de la libre competencia, se hará más adelante respecto de los efectos asociados a la inclusión –en este caso concreto, con la clase de subsidio y en los mercados afectados por este concurso– de zonas en las que existen prestadores actuales o potenciales de servicios de transmisión de datos;

**Trigésimo quinto:** Que se analizarán ahora las acusaciones relacionadas con las eventuales barreras a la entrada de operadores pequeños que serían impuestas por el diseño del Concurso. Al respecto, las demandantes han cuestionado el hecho de que, en su opinión, las bases específicas establecen una preferencia absoluta a favor de postulaciones de carácter “nacional” al punto de que, al existir alguna de este tipo, inmediatamente se excluiría a otras postulaciones con alcance zonal o regional, con prescindencia de cualquier otra consideración técnica o económica. Del mismo modo, las postulaciones zonales desplazarían a las regionales en caso de concurrencia de ambas;

**Trigésimo sexto:** Que, en primer término, la LGT dispone en su artículo 28 F que las bases de los concursos públicos que se realicen con ocasión de los subsidios del FDT “...*especificarán los requisitos, las características y el contenido del correspondiente proyecto, cuidando de asegurar la calidad del servicio y de garantizar la transparencia del proceso y el trato equitativo a los participantes...*”;

**Trigésimo séptimo:** Que, a continuación, el precepto citado establece que “[e]n todo caso, las bases deberán señalar, a lo menos, lo siguiente: la zona de servicio mínima; las tarifas máximas que se podrán aplicar a los usuarios de dicha zona mínima, incluidas sus cláusulas de indexación; los plazos para la ejecución de las obras y la iniciación del servicio; el monto máximo del subsidio y el tipo de emisión...”;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Trigésimo octavo:** Que, finalmente y respecto de los criterios de adjudicación, la norma en estudio preceptúa que *“[l]os proyectos serán asignados a los postulantes cuyas propuestas, ajustándose cabalmente a las bases del concurso, requieran el mínimo subsidio por una sola vez. En caso de empate, se asignará el proyecto al postulante que ofrezca mayor cantidad de prestaciones adicionales. De subsistir el empate, se asignará el proyecto al postulante que comprometa un menor plazo para el inicio de los servicios. De no resolverse la asignación de conformidad a las normas precedentes, ésta será definida mediante sorteo”*;

**Trigésimo noveno:** Que, a su turno, la Ley N° 20.314, de 2008, que aprueba el presupuesto nacional para el año 2009, en la sección pertinente (Partida 19, Capítulo 02, Programa 01, Subtítulo 33, Ítem 01, Asignación 039, Glosa 05), autoriza comprometer hasta 35 mil millones de pesos en el FDT para el concurso que motiva estos autos y para el de antenas rurales de telefonía móvil, y ordena que los recursos respectivos *“se comprometan en la totalidad de las regiones del país, previa celebración de convenios de programación con todos los Gobiernos Regionales”*;

**Cuadragésimo:** Que así descrito el marco legal que rige el Concurso en lo que interesa al análisis que se está realizando, cabe señalar que la versión final de las bases específicas del mismo, publicadas con fecha 31 de octubre de 2008 y acompañadas a fojas 551 de autos, establecen, en la parte pertinente de su artículo 1º, inciso quinto, que *“[es] prioritario para la mandante del concurso que todas las regiones del país queden cubiertas por la oferta del servicio, con independencia de que las postulaciones sean de carácter nacional, zonal y/o regional. Por la misma razón el concurso permite la presentación de consorcios de empresas que postulen conjuntamente para dar respuesta al requerimiento de carácter nacional, considerando que tiene especial valor considerar en los mismos la incorporación de las empresas rurales existentes con anterioridad del llamado a concurso.”*;

**Cuadragésimo primero:** Que, por su parte, el artículo 6º de las Bases específicas establece que los proponentes podrán agrupar sus propuestas en cualquiera de las siguientes modalidades: a) Nacional: en caso de que postulen a todas las redes del país; b) Zonal: en caso de que postulen a cualquiera de las siguientes agrupaciones de redes: (i) Zona Norte: Arica, Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo; (ii) Zona Centro: Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Maule, Bío Bío y (iii) Zona Sur: Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes; y c) Regional: en caso que las proponentes no deseen realizar agrupación de redes (fojas 327 y 328);

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadragésimo segundo:** Que, a su turno, el Artículo 21 de las Bases específicas establece que “[l]os proyectos técnicos cuyos proyectos financieros se abrieron serán considerados en igualdad de condiciones”, para luego agregar que “[s]e evaluarán todos los proyectos financieros y se calculará agregadamente cuál modalidad o combinación de modalidades hace que el proyecto concursable sea adjudicado al o los postulantes que requieran menor subsidio y se asegure que todas las regiones del país tengan al menos un proyecto técnico que haya cumplido cabalmente las bases”. Concluye este artículo diciendo que, para “...dar cumplimiento al alcance nacional del Concurso, se evaluarán en forma separada las postulaciones en modalidad nacional, regional y zonal que en forma combinada (de acuerdo con las alternativas que se detallan en el anexo N°15 de estas bases) cubran la totalidad de las localidades del concurso, desechándose las que no cumplan con dicha condición. En el caso de la o las postulaciones que en forma combinada cubran la totalidad de las localidades exigidas a nivel nacional, para efectos de la evaluación del subsidio requerido se considerará la suma de los subsidios solicitados”;

**Cuadragésimo tercero:** Que según el artículo 11° de las Bases, sólo se puede presentar una propuesta por cada modalidad. Sin embargo, se permite postular independientemente en las modalidades nacional, zonal o regional;

**Cuadragésimo cuarto:** Que el artículo 22, letra c de las Bases (fojas 337) establece, en concordancia con el artículo 28 F de la LGT, ya citado, que se asignará el proyecto al postulante cuyas propuestas, ajustándose cabalmente a las bases del Concurso, requieran el mínimo subsidio por una sola vez y que, en caso de empate, se asignará el proyecto (Concurso) al postulante que ofrezca mayor cantidad de prestaciones adicionales. De subsistir el empate, la norma en comento establece que se asignará el proyecto al postulante que comprometa un menor plazo para el inicio de los servicios y que, de no resolverse la asignación de conformidad con las normas precedentes, ésta será definida mediante sorteo;

**Cuadragésimo quinto:** Que a continuación se analizará, desde la óptica de la libre competencia, esto es, respecto de la posibilidad de competir con igualdad de oportunidades por el subsidio concursado, si las normas de las Bases descritas en las consideraciones precedentes introdujeron, sea en aquellas disposiciones que establecen el mecanismo de ponderación de las propuestas nacionales, zonales y regionales, o bien en las condiciones y requisitos exigidos para presentar propuestas formando consorcios, elementos que pudiesen restringir arbitrariamente la participación de agentes económicos eventualmente interesados en competir y con infracción al Decreto Ley N° 211;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadragésimo sexto:** Que, primeramente, cabe tener presente que, tal como están redactadas las Bases cuyas partes pertinentes han sido transcritas, en principio bastaría con que no existiese una propuesta para una zona o región específica –y, al mismo tiempo, existiese una propuesta de carácter nacional– para que todas las ofertas realizadas con niveles zonales o regionales de desagregación, no pudiesen ser consideradas en absoluto, por más eficientes que fuesen los postulantes, y por atractivas que hubiesen sido las ofertas realizadas por éstos;

**Cuadragésimo séptimo:** Que esta situación no cambia en lo esencial por la circunstancia de haber permitido la autoridad la creación de conglomerados para realizar ofertas a niveles desagregados y facilitar así la postulación conjunta de firmas locales en forma zonal o nacional. Ello pues, hipotéticamente, una o más empresas interesadas en hacer uso de esta posibilidad, en caso de no encontrar a alguien que hubiese estado dispuesto a realizar una oferta por una zona específica para efectos de agruparse, no habrían tenido certeza de que sus ofertas hubiesen sido consideradas en la licitación, desincentivando por ello su participación en la misma. Lo anterior probablemente restringe la cantidad de competidores en el concurso en análisis dado que, además, la necesidad de formar consorcios para poder competir impone a las empresas regionales costos de transacción –tales como los propios de la búsqueda de socios y de negociación de los términos de los acuerdos de asociación– que no deben soportar otros proponentes;

**Cuadragésimo octavo:** Que adicionalmente, según declaró en el proceso el testigo don Oscar Cabello, como consta a fojas 1338, era “*extremadamente difícil*” que proveedores pequeños agrupados en consorcio pudiesen prestar el servicio licitado en todas las localidades contempladas en el Concurso pues, en su versión, “*estos proveedores pequeños están solo entre la quinta región y la novena región, en consecuencia aunque se reúnan no cubren todo el país*”;

**Cuadragésimo noveno:** Que, adicionalmente, se originan dificultades para competir en el Concurso al exigirse boletas de garantía por cada propuesta realizada (artículo 29) pues, en el caso de propuestas con una mayor desagregación geográfica, la exigencia de estas boletas de garantía implica un costo efectivo para las postulantes, que podría desincentivarlas de realizar ofertas a mayores niveles de agregación si nuevamente deben dejar una garantía por estas nuevas postulaciones. Ello puede significar un costo relevante al momento de tomar la decisión de asociarse o no con otras firmas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Quincuagésimo:** Que, a las dificultades para postular como conglomerado a nivel zonal o regional, descritas en las consideraciones anteriores, se suma que, no obstante las declaraciones contenidas en el Artículo 1º de las Bases ya transcrito, en cuanto a que *“tiene especial valor considerar en los mismos la incorporación de las empresas rurales existentes con anterioridad del llamado a concurso”*, en los hechos no se aplica ningún ponderador que capture la intención declarada;

**Quincuagésimo primero:** Que el efecto combinado de todo lo anterior se vio corroborado en los hechos, tal como consta en las actas de apertura de las propuestas del Concurso, rolantes a fojas 523 y 529, pues todos los proponentes - esto es, Comunicación y Telefonía Rural S.A., Inverca Telecomunicaciones S.A., Consorcio Entel (Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.) y Consorcio Intertel S.A./Telefonica Larga Distancia S.A. (Intertel S.A.)- presentaron propuestas nacionales. Las propuestas regionales que adicionalmente hicieron dichas empresas, no cubrían todas las regiones del país. Finalmente, el Concurso fue adjudicado a la propuesta nacional de Inverca Telecomunicaciones S.A. y, luego del desistimiento de dicha empresa, a la propuesta nacional de Consorcio Entel. Las respectivas actas fueron acompañadas a fojas 842 y 2707;

**Quincuagésimo segundo:** Que los obstáculos descritos a la participación de determinados tipos de empresas en el Concurso podrían importar restricciones a la competencia reprochables en esta sede pues, en principio, las licitaciones por medio de las cuales el Estado entrega derechos o recursos no deberían desincentivar injustificadamente la participación de concursantes aptos para cumplir con las obligaciones que impone adjudicarse tales derechos o recursos. Lo anterior tiene particular relevancia en un caso como el de autos, en donde existen potenciales oferentes de los servicios a subsidiar ya operando en los mercados afectados;

**Quincuagésimo tercero:** Que, entonces, a continuación corresponde analizar las justificaciones entregadas en autos por la autoridad demandada para diseñar la licitación favoreciendo las propuestas nacionales por sobre las zonales y regionales;

**Quincuagésimo cuarto:** Que la primera de tales justificaciones consiste en la necesidad de sujetarse estrictamente a los mandatos contenidos en la LGT y en la Ley N° 20.314, de 2008, que aprueba el presupuesto nacional para el año 2009. La primera de las normas citadas establece el objetivo de promover el aumento de cobertura de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, especialmente respecto de localidades ubicadas en zonas geográficas extremas o aisladas. La segunda, por su parte, tal como se dijo, autoriza comprometer hasta 35 mil millones de pesos en el FDT para el concurso

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

que motiva estos autos y para el de antenas rurales de telefonía móvil, y ordena que tal compromiso de recursos se realice en la totalidad de las regiones del país, previa celebración de convenios de programación con todos los Gobiernos Regionales;

**Quincuagésimo quinto:** Que, al respecto, estos sentenciadores no tienen razones para discrepar de la decisión adoptada por la autoridad sectorial, en el diseño de las bases, en cuanto a aplicar el subsidio del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones a la totalidad de las regiones del país, pues según los análisis realizados por tales autoridades, en todas ellas existen zonas con las características que la LGT establece como necesarias para dicha aplicación. Lo anterior, de acuerdo con los antecedentes allegados al proceso; entre otros, los contenidos a fojas 1476, 1482, 1511, 1514, 1614, 1866, 1867, 1881, 1885, 1888, 1891, 1894, 2145, 2153, 2176, 2225, 2252, 2255, 2610 y 2624, los que dan cuenta de la participación de diversas autoridades públicas, nacionales, regionales y provinciales y con competencias diversas, en un proceso de identificación minuciosa de las localidades que carecían de acceso a Internet de Banda Ancha o donde tal servicio se prestaba en condiciones insuficientes. Adicionalmente, la propia ley de presupuesto del año respectivo establecía el precepto de que el Concurso se realizase en todas las regiones del país;

**Quincuagésimo sexto:** Que, a juicio de estos sentenciadores, la conjunción de las normas legales citadas en la consideración quincuagésimo cuarta sólo implicaba la obligación de la autoridad de diseñar las bases del o de los concursos respectivos de forma que se posibilitara que las 1.474 localidades definidas como “exigibles” a lo largo del país quedaran con cobertura en las condiciones económicas y técnicas establecidas en dichas bases. En ningún caso tales normas obligaban a la autoridad a privilegiar directa o indirectamente las propuestas nacionales por sobre las zonales o regionales. En la eventualidad que con ello se pudiese garantizar el cumplimiento del objetivo antes indicado, la autoridad habría podido convocar a uno o más concursos que permitiesen el otorgamiento de subsidios a mayores niveles de desagregación si lo hubiese estimado adecuado y conveniente, sin que ello significase vulneración alguna al marco legal aplicable;

**Quincuagésimo séptimo:** Que, en el mismo sentido, el testigo Sr. Raúl Arrieta, Jefe de División Gerencia FDT, señaló en su declaración testimonial, cuya transcripción rola a fojas 2267 y siguientes, que se realizaron modificaciones en las Bases originales del Concurso pues *“[se] tomó la decisión de cambiar la modalidad de adjudicación, de una modalidad nacional a una modalidad de adjudicación que fuera más libre, que fuera más lógica, quedando cubierto todo el país que era un mandato dado a raja tabla, de modo tal que uno pudiese ir armando un*



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*rompecabezas...*” permitiendo, además de las postulaciones nacionales, las zonales y regionales, pues la autoridad pretendió dar “...*la mayor cantidad de flexibilidad para que se pudiera postular de las distintas maneras siempre eso sí con el objeto de política pública que era claro y que era el “primer mejor”, esto es, que quedara cubierto el país completo*” para agregar más adelante que, en su opinión, si alguna región quedaba sin cobertura ello ocasionaría “*un lío político gigantesco*”;

**Quincuagésimo octavo:** Que de este testimonio se desprende que la propia autoridad consideraba posible licitar con niveles de desagregación mayores al nacional e incluso declaró tal voluntad en la versión final de las propias bases. En efecto, la primera versión de las bases del concurso (fojas 1 y siguientes) expresamente declaraba en su artículo 1°, inciso 5° que se privilegiarían las postulaciones de carácter nacional para, posteriormente en la versión final (fojas 609 y siguientes), modificar el artículo 1° en cuestión, el que pasó a declarar que “*[e]s prioritario para los mandantes que todas las regiones del país queden cubiertas por la oferta del servicio, con independencia que las postulaciones sean de carácter nacional, zonal y/o regional...*”;

**Quincuagésimo noveno:** Que, sin embargo, independiente de las declaraciones de intenciones de la autoridad, el diseño final de las Bases propició, en los hechos, que la adjudicación recayera, como se ha venido diciendo en la presente sentencia, en una propuesta de carácter nacional, siempre y cuando cumpliera con los requerimientos técnicos mínimos exigidos por la autoridad;

**Sexagésimo:** Que también queda claro en el testimonio del Sr. Arrieta que la razón para privilegiar las propuestas nacionales fue la de alcanzar, mediante el proceso de asignación de subsidio en análisis, la cobertura de todas las localidades definidas como “exigibles” en las Bases, en todo el país;

**Sexagésimo primero:** Que, entonces, cabe dilucidar si un diseño que en los hechos privilegiara, o al menos posibilitase razonablemente, una mayor desagregación de las ofertas habría sido preferible desde el punto de vista de la competencia, dados, en primer lugar, los objetivos trazados por la autoridad de alcanzar una cobertura del servicio en todas las regiones del país y, en segundo lugar, la restricción presupuestaria impuesta por la ley que fijó el presupuesto público para el año 2009, al fijar un monto límite de recursos para destinar a este subsidio (consideración trigésimo novena);

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Sexagésimo segundo:** Que al respecto, puede citarse el testimonio del ingeniero experto en telecomunicaciones Sr. Oscar Cabello, cuya transcripción rola a fojas 1331 y siguientes, quien dio cuenta en su declaración de la existencia de empresas relativamente pequeñas, algunas, y de mayor tamaño, otras, que prestan servicios de transmisión de datos para acceso a internet de Banda Ancha en zonas rurales en distintas regiones, entre las que menciona a Geonet, Netland, Marcom, Interluz, Telefónica del Sur, CTR y Transmisiones Regionales. Estas empresas operan, en versión del testigo, en diferentes zonas comprendidas entre la Región Metropolitana y la Región de Aysén, y le consta que algunas de ellas (menciona específicamente el caso de Geonet) prestan “*servicios de banda ancha de muy buena calidad*”, al punto que han ganado algunas licitaciones realizadas a nivel municipal para dar conectividad de banda ancha a escuelas y establecimientos de salud “...a veces *compitiendo con grandes empresas como Entel o Telefónica*”;

**Sexagésimo tercero:** Que del testimonio citado del Sr. Cabello, así como de su artículo de prensa acompañado a fojas 286, puede inferirse que en su opinión experta es posible que empresas regionales eventualmente fuesen capaces de prestar, en algunas localidades, los servicios licitados en forma eficiente y, por ello, tener opción de acceder al subsidio del FDT. Sin embargo, no hay antecedentes en autos que permitan a estos sentenciadores formarse convicción respecto a que ello fuese compatible con el cumplimiento del objetivo trazado por la autoridad sectorial de lograr cobertura en todas las localidades definidas como “exigibles”, dados los recursos comprometidos para el subsidio en la ley de presupuesto;

**Sexagésimo cuarto:** Que por lo tanto, a juicio de este Tribunal, el diseño de la licitación podría haber sido realizado de forma tal que restringiera en menor medida la participación de oferentes de cualquier tamaño, pudiendo eventualmente existir fórmulas alternativas que favoreciesen una mayor participación de proponentes idóneos, ampliando las oportunidades para competir, en este caso, “por la cancha”. Sin embargo, no existen antecedentes en autos que permitan dar por acreditado que las restricciones contenidas en las bases eran injustificadas, atendido el objetivo perseguido por la autoridad con el Concurso y la restricción presupuestaria existente;

**Sexagésimo quinto:** Que, para poder arribar a la conclusión contraria, este Tribunal tendría que alcanzar la convicción de que la forma en la que se licitó el subsidio no tiene justificación alguna desde el punto de vista económico, dadas las características de los costos relevantes que enfrentan las empresas que proveen los servicios que se pretenden subsidiar, no existiendo en el proceso antecedentes que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

permitan alcanzar tal convicción, pues de los resultados de la licitación en cuestión no puede extraerse tal información;

**Sexagésimo sexto:** Que, en definitiva, a partir de los antecedentes que obran en autos, este Tribunal concluye que no es posible calificar la manera específica en que se diseñaron las bases del Concurso –en lo que se refiere a privilegiar las ofertas nacionales por sobre las zonales o regionales– como una infracción a la legislación de defensa de la libre competencia, por lo que este capítulo de las acusaciones de las demandadas será desestimado;

**Sexagésimo séptimo:** Que efectuado el análisis del Concurso en tanto mecanismo de asignación del subsidio, este Tribunal definirá a continuación el o los mercados relevantes para efectos de analizar, con toda la precisión posible y dada la información que se dispone en autos, las restricciones alegadas a la competencia que pudiesen derivarse del subsidio concursado propiamente tal, con el objeto de evaluar si los subsidios otorgados en localidades donde ya existe un operador prestando servicios constituyen o no prácticas exclusorias y de competencia desleal;

**Sexagésimo octavo:** Que desde la perspectiva del producto o servicio, un primer indicio al respecto está dado por las definiciones contenidas en las “Bases Específicas” del Concurso -en adelante también “las Bases”- del producto que se pretende subsidiar. Como puede leerse a fojas 321 de autos, en su artículo primero, éstas indican que lo que se persigue con el proyecto en cuestión es *“la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio de acceso a Internet...”* y agrega más adelante *“...en condiciones de calidad y precios similares a las que existen en las capitales regionales, de modo tal de posibilitar la implementación de contenidos y aplicaciones que favorezcan el desarrollo de los territorios rurales, al mismo tiempo que se mejoran las condiciones de vida de sus habitantes”*. Esta definición es complementada después de la siguiente manera: *“[l]a prioridad del concurso está dada en la oferta de servicios de acceso a Internet, con capacidad de ancho de banda para el desarrollo de aplicaciones productivas, al mínimo precio posible en el menor plazo de despliegue”*;

**Sexagésimo noveno:** Que por su parte, el objeto del Concurso según el artículo 5º de sus bases específicas establece que *“[las] Beneficiarias quedarán obligadas a instalar, operar y explotar las Redes objeto del presente concurso con miras a prestar el Servicio Público en las Localidades Exigibles y el Servicio Intermedio en los Nodos”*. A su turno, el artículo 4º de las mismas bases (fojas 326), que explica las abreviaturas que utiliza el documento, indica que por *Servicio Público* ha de entenderse “Servicio Público de transmisión de datos” y por *Servicio Intermedio*,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

“Servicio Intermedio de Telecomunicaciones”. Por su parte el artículo 3° del texto final de las bases, en su número 25, define “Servicio Público de Transmisión de Datos para Acceso a Internet” como el “[s]ervicio que permite transmitir y recibir mensajes de datos de duración variable, principalmente generados por computadores, para entregar el Servicio de acceso a internet mediante redes de transmisión de datos”;

**Septuagésimo:** Que, dicho lo anterior, es importante dejar establecido que no existe controversia en autos en cuanto a que el subsidio que se licita está destinado a la provisión del que las Bases denominaron “Servicio Público de Transmisión de datos” para acceso a Internet de “Banda Ancha”, tal como generalmente se entiende este último concepto en la industria en nuestro país. Una posible definición es la entregada en el informe de la FNE acompañado a fojas 292: una conexión a internet por banda ancha “...conlleva características como conexión permanente (*always on*) y velocidades de subida y bajada superiores a 128 Kbps. Sin embargo, la velocidad mínima de transmisión de datos a internet para que sea considerada una conexión de banda ancha difiere entre países e instituciones.”;

**Septuagésimo primero:** Que en las especificaciones técnicas contenidas en el artículo 41° de las bases del Concurso (fojas 348) se exige un ancho de banda “*downlink*” de 1 Mbps y “*uplink*” de 512 Kbps, con una velocidad garantizada del 10% de lo ofrecido, o bien con una tasa de agregación de 1:15, con una “latencia” de 150 ms y una disponibilidad anual de un 95%;

**Septuagésimo segundo:** Que las especificaciones anteriores, de acuerdo con variados antecedentes contenidos en autos, dan cuenta de que este servicio estaría dirigido principalmente a usuarios residenciales, como aseveran los testigos cuyas declaraciones se contienen a fojas 2188 y siguientes (Cristián Nuñez), 2211 y siguientes (Nazre el Hureimi), y 2266 y siguientes (Raúl Arrieta);

**Septuagésimo tercero:** Que así las cosas, el mercado relevante desde la óptica del servicio a los consumidores finales es el de *servicio de transmisión de datos para acceso a internet de banda ancha, dirigido principalmente a usuarios residenciales*, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de la competencia por proveer tales servicios en otros nichos de demanda, por ejemplo el de usuarios no residenciales;

**Septuagésimo cuarto:** Que la determinación geográfica del mercado relevante está fuertemente condicionada por las tecnologías que es razonable esperar sean utilizadas para la prestación de los servicios en las localidades involucradas. En efecto, dada la ruralidad y topografía accidentada de muchas de las localidades comprendidas en el Concurso y la consecuente falta de densidad y la dispersión

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

poblacional en los territorios involucrados, no existe controversia en autos respecto a que la forma menos costosa de prestar el servicio en estas zonas sería por medio de tecnologías inalámbricas, que en la actualidad tienen limitaciones dadas por el alcance acotado que tienen sus estaciones repetidoras, según consta de la absolución de posiciones de Felipe Barros, representante legal de Netland, rolante a fs. 2652. Esta limitación tecnológica –que afecta tanto a quienes puedan ser favorecidos por el subsidio estatal como a quienes actual o potencialmente prestan los servicios sin tal subsidio– implica que cada una de las 1.474 localidades comprendidas en el Concurso podrían, en un escenario extremo, ser consideradas como ámbitos de competencia o mercados distintos. Cabe señalar que dichas localidades están indicadas en el Anexo N° 3 de las bases específicas del Concurso, que rolan a fojas 361 y siguientes de autos. En este mismo sentido se pronuncian las partes, en sus escritos principales, y la Fiscalía Nacional Económica en su informe de fojas 292 y siguientes;

**Septuagésimo quinto:** Que, no obstante lo anterior, debe tenerse presente que la provisión de servicios de acceso a Internet de banda ancha, tanto si se realiza por medio de redes físicas o vía redes inalámbricas, presenta economías de escala. En particular, la provisión de este servicio a localidades contiguas podría ser más eficiente económicamente si se tratara a dichas localidades como una sola, situación que definiría el ámbito de competencia geográfico relevante. Sin embargo, en el expediente no se cuenta con información suficiente como para distinguir cuáles localidades pueden ser consideradas como unidades económicas independientes para estos efectos y cuáles no. Por ello, este Tribunal considerará como mercado relevante geográfico a cada una de las localidades objeto de la licitación;

**Septuagésimo sexto:** Que, por lo tanto, los mercados relevantes actual o potencialmente afectados por el Concurso son los de provisión del servicio de acceso a Internet de banda ancha para la transmisión de datos, dirigido principalmente a usuarios residenciales, en cada una de las localidades objeto de la licitación;

**Septuagésimo séptimo:** Que, sin perjuicio de lo anterior, el concurso en cuestión incide también en el mercado relacionado de los servicios intermedios de telecomunicaciones, en lo referido a los nodos ópticos comprometidos en los respectivos proyectos técnicos y que deban instalarse en las localidades establecidas en el Anexo N° 4 de las bases específicas del Concurso, rolante a fojas 459 y siguiente de autos, de acuerdo con los artículos 47° a 51° de las mismas. Cada nodo óptico debe ser ofrecido con su respectiva oferta de instalaciones, la que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

se encuentra sujeta a una tarifa máxima, de acuerdo con lo dispuesto en el anexo N° 6 de las Bases. Si bien este mercado en particular no forma parte de la litis, y las demandantes no ofrecen servicios intermedios de telecomunicaciones, este Tribunal considerará más adelante los efectos esperados de la oferta de facilidades definida en la licitación, en lo referido a los nodos ópticos comprometidos en los respectivos proyectos técnicos adjudicatarios del Concurso, sobre la competencia en el mercado de servicios finales recién definido;

**Septuagésimo octavo:** Que ahora bien, consta en autos que las demandantes realizan sus operaciones en algunas de las localidades comprendidas en el Concurso. En el caso de Netland, éstas son las provincias de Maipo, Talagante y Melipilla; específicamente en las localidades de Buin, Linderos, Pirque, Lo Herrera, Isla de Maipo, Talagante, El Monte, Pomaire, María Pinto, Melipilla, Mallarauco, Curacaví, Puangue y Leyda (Región Metropolitana). En el caso de Marcom, esta empresa presta sus servicios en 81 localidades dentro de la provincia de Bío Bío; específicamente en las comunas de Alto Bío Bío, Antuco, Cabrero, Laja, Los Ángeles, Mulchén, Nacimiento, Negrete, Quilleco, San Rosendo, Santa Bárbara y Tucapel;

**Septuagésimo noveno:** Que de acuerdo con lo expuesto en la absolución de posiciones del representante legal de Netland, Felipe Barros, rolante a fojas 2651 y siguientes, el número de clientes atendidos por esta empresa es cercano a 750, la mayoría de los cuales son residenciales. En el caso de Marcom, esa empresa presenta más de 500 clientes en total, de acuerdo a información extraída de <http://www.marcom.cl/internet.htm>;

**Octogésimo:** Que, dicho lo anterior, corresponde dilucidar si los servicios a subsidiar compiten con los ofertados por los demandantes, dadas las características técnicas de los mismos, tales como el ancho de banda, velocidad, tasa de agregación o contención, entre otras. En particular, según las declaraciones de los testigos Efraín González (fojas 1113) y Cristián Núñez (transcripción testimonial a fojas 2190 y siguientes), y la absolución de posiciones del representante legal de Marcom (fojas 2666), el servicio provisto por Netland y Marcom presenta una tasa de agregación de uno a uno (esto es, la conexión a internet no es compartida entre varios clientes, por lo que se garantiza la velocidad de conexión en todo momento), mientras que en la licitación objeto de las demandas se requería una tasa de agregación máxima de uno a diez (esto es, una conexión a internet es compartida hasta por diez clientes por lo que, en caso que todos se encuentren conectados al mismo tiempo, la velocidad de conexión real es un décimo de la contratada). Lo anterior, de acuerdo a la declaración del testigo sr. Núñez, conlleva diferencias

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

relevantes tanto en la calidad del producto ofrecido como en los costos de provisión del mismo. Esto último, por cuanto de acuerdo a esta testimonial, el costo del enlace internacional a internet de un usuario, con una tasa de agregación de uno a uno, sería de \$17.000 mensuales, mientras que sería sólo de \$1.700 mensuales al considerar una tasa de agregación de uno a diez;

**Octogésimo primero:** Que, entonces, podría argumentarse que los servicios provistos por las demandantes son de calidad superior a los estándares de calidad definidos por la licitación objeto de la demanda. Por ello, podría considerarse que los servicios ofrecidos actualmente por estas empresas buscan satisfacer las necesidades de conectividad de un segmento distinto al que se pretendía cubrir con la licitación. Sin embargo, este Tribunal considera que, dado que los servicios mínimos ofrecidos por el ganador de la licitación estarán sujetos a subsidio y a tarifas máximas, el efecto que esto produce en los precios relativos hace que las diferencias de calidad mencionadas se vuelvan menos importantes para parte de los consumidores;

**Octogésimo segundo:** Que, adicionalmente, como se analizará más adelante, la empresa que se adjudicó la licitación podría ofrecer productos de iguales características a los ofrecidos por las demandantes, sin sujeción a un precio máximo, por lo que también podrían participar -por esta vía- en el mismo mercado de éstas, utilizando la infraestructura financiada por el subsidio;

**Octogésimo tercero:** Que por las razones esgrimidas en las consideraciones precedentes, se entenderá que las demandantes participan, potencialmente, del mismo mercado relevante cubierto por esta licitación;

**Octogésimo cuarto:** Que así establecido lo anterior, se procederá a analizar individualmente los distintos cargos realizados por las demandantes en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para determinar si, efectivamente, se ha transgredido el Decreto Ley N° 211 con la comisión de alguna de las conductas imputadas;

**Octogésimo quinto:** Que, primeramente, corresponde examinar la acusación realizada por las demandantes respecto de un supuesto establecimiento de precios predatorios. Tal como se consigna con mayor detalle en la parte expositiva de esta sentencia, tal infracción, en esencia, habría sido cometida por la demandada al asignar, por medio del concurso que motiva este proceso, un subsidio que alteraría la estructura de costos de la empresa adjudicataria, permitiéndole cobrar tarifas artificialmente bajas a los usuarios de los servicios;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Octogésimo sexto:** Que para emitir un pronunciamiento respecto de la configuración de esta infracción, es necesario establecer si concurren en la especie los distintos elementos que componen la hipótesis de hecho que permiten tenerla por configurada;

**Octogésimo séptimo:** Que, en ese sentido, debe tenerse presente que lo que se está juzgando en la presente sentencia es la actuación de un órgano de la administración del Estado en tanto autoridad que diseñó e implementó un modelo específico de asignación de subsidios, y los efectos que ello generó en la libre competencia. No se trata, en consecuencia, en este caso, de analizar una conducta específica realizada por un órgano del Estado, en tanto oferente o demandante de bienes y servicios;

**Octogésimo octavo:** Que, por lo tanto, yerran las demandantes al pretender que el diseño o la implementación del concurso materia de autos constituyen, en sí mismos, una práctica predatoria realizada por ese órgano del Estado con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, tal como exige el artículo 3º, letra c, del Decreto Ley Nº 211, pues el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones no está, en este respecto, en la posición jurídica de ser sujeto activo de tal infracción. Este solo hecho es suficiente para desestimar la acusación de precios predatorios formulada por las demandantes en contra del Estado, por lo que no se ahondará en otros fundamentos al respecto, por ser ello innecesario;

**Octogésimo noveno:** Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal analizará a continuación si los hechos en que los demandantes fundaron su imputación, esto es, la aplicación de un subsidio que posibilita a la o las empresas que se lo adjudiquen proveer sus servicios con ventajas de costos en zonas en que empresas actualmente prestan servicios o potencialmente pudiesen hacerlo, pudieren configurar una conducta contraria a la libre competencia;

**Nonagésimo:** Que, al respecto debe tenerse presente que, conceptualmente y en general, los subsidios de monto fijo a un oferente o a un grupo de oferentes en un mercado determinado introducen una distorsión en los precios, aún cuando tienen la ventaja de reducir la incertidumbre sobre la recuperación de los costos de inversión en infraestructura y permiten establecer un precio máximo para la prestación del servicio (que, por ejemplo, en el caso de autos es de \$15.000.-);

**Nonagésimo primero:** Que en efecto, cuando se aplica o se anuncia este tipo de subsidios, no sólo se puede crear una barrera efectiva a la entrada de nuevos competidores, sino que se puede terminar excluyendo del mercado a los incumbentes, creando artificialmente poder de mercado para el subsidiado. Este poder de mercado, si bien no afecta el precio del servicio mínimo –que se encuentra



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

regulado por la licitación—, puede afectar el precio de servicios diferentes al regulado, provistos por el ganador de la misma, y que no estarían sujetos a la regulación tarifaria de la licitación. Adicionalmente, conlleva el riesgo de permitir la mantención de empresas ineficientes o impedir la entrada de otras más eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo terminaría perjudicando a los consumidores;

**Nonagésimo segundo:** Que en el caso concreto en análisis y en lo que dice relación con los efectos de la licitación *sub lite* en el mercado relevante definido en esta sentencia, en primer lugar debe considerarse que, como se dijo, las demandantes ofrecen servicios de conexión a internet de mejor calidad que el exigido en el Concurso como prestación básica y obligatoria, principalmente debido a las menores tasas de agregación que ofrecen. Luego, es posible que aún enfrentando la competencia de un producto subsidiado, tengan suficiente demanda por sus productos, al menos en un nicho de mercado que busque un servicio de mejor calidad. No obstante lo anterior, también es posible que parte de la demanda actual por los servicios de Netland y Marcom se traslade a los servicios de menor calidad ofrecidos de forma subsidiada, mermando el crecimiento de esas empresas. Esto es esperable en el escenario observado, en el que una empresa ofrece un producto a precios reducidos por efecto de un subsidio y que, para algunos consumidores, sería un sustituto cercano de un producto existente;

**Nonagésimo tercero:** Que, adicionalmente, el diseño del Concurso (artículo 40 de las Bases) permite al ganador de la misma ofrecer servicios distintos al objeto de ésta, sin tarifas máximas, y utilizando la infraestructura que es financiada por el subsidio. Luego, eventualmente, podría ofrecer servicios de conexión a internet de igual calidad a los de las demandantes, aprovechando las inversiones realizadas, y a precios que no se condicen con sus costos reales de provisión. De esta forma, la empresa que se adjudicó la licitación podría desplazar a los incumbentes e imponer barreras a la entrada de potenciales competidores;

**Nonagésimo cuarto:** Que, más aún, las Bases de licitación no contienen mecanismos de control o exigencias de tiempos máximos de reacción por parte de la adjudicataria a los requerimientos de los demandantes, que garanticen que el acceso a los servicios licitados sea efectivo. Eventualmente, la empresa ganadora de la licitación podría disminuir artificialmente la calidad del bien licitado, modificando los parámetros no controlados por la licitación y, en paralelo, ofrecer productos de otra calidad, que no se encontrarían sujetos al precio máximo, pero que sin embargo utilizarían la infraestructura subsidiada;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Nonagésimo quinto:** Que, por su parte, el informe acompañado por Netland y Marcom a fojas 977 analiza los precios cobrados, a la fecha de su elaboración, por servicios similares al licitado en zonas urbanas y rurales, concluyendo que, bajo el supuesto que existe competencia por la provisión de estos servicios en zonas urbanas –lo que acercaría los precios a los costos de provisión en esas zonas–, el precio máximo fijado por Subtel sería significativamente inferior al costo de proveerlo. El informe llega a igual resultado estimando los costos de provisión del servicio por parte de una empresa de un tamaño similar al de Netland, concluyendo que sería imposible para una empresa sin subsidio cobrar precios similares a los máximos establecidos en la licitación;

**Nonagésimo sexto:** Que en el mismo sentido se pronunció en su testimonio don Oscar Cabello, cuya transcripción rola a fojas 1331 y siguientes: *“...lamentablemente ese concurso tenía un defecto importante, y es que con la intención de abaratar la banda ancha en zonas rurales se entregaba un subsidio al operador que resultase ganador con el compromiso de que este operador cobrase quince mil pesos mensuales IVA incluido por una conexión de un megabit por segundo. Quince mil pesos es un precio posible de cobrar para quien recibe un subsidio pero es prácticamente imposible de cobrar para quien no recibe un subsidio. En consecuencia, ese precio de quince mil pesos iba a resultar predatorio para todas esas pequeñas empresas que no iban a recibir subsidio alguno, con lo cual esos esfuerzos de esas pequeñas empresas se iban a perder porque estaban condenadas ellas a desaparecer o a quedar totalmente arrinconadas. En consecuencia como el costo real de proveer una banda ancha de buena calidad es muy superior a quince mil pesos con IVA el efecto es que el mercado de la banda ancha rural iba a terminar con un solo operador”;*

**Nonagésimo séptimo:** Que debe tenerse presente que el Concurso pretende subsidiar, adicionalmente, el despliegue de infraestructura que constituye un servicio intermedio de telecomunicaciones y que, por lo tanto, implica la obligación del adjudicatario de permitir que terceros operadores, incluyendo las demandantes u otras empresas que se encuentren en una situación semejante, presten servicios de telecomunicaciones utilizando dicha infraestructura. Dado que los servicios intermedios también estarían sujetos a precios máximos (anexo 6 de las Bases), esta obligación podría eventualmente facilitar el ingreso de competidores en el mercado final de servicios de conexión a Internet, de características diferentes al bien sujeto a tarifa máxima. Esto permitiría mitigar eventuales abusos de parte del ganador de la licitación en la provisión de servicios alternativos al licitado;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Nonagésimo octavo:** Que a este respecto, como se desprende del Título III de las Bases, la empresa adjudicataria se obliga a prestar servicios intermedios de telecomunicaciones en los Nodos que comprometa en su Proyecto Técnico. Sin embargo, no existe obligación alguna de desagregación de redes pasado ese punto y hasta la conexión final con el cliente. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, limita a los potenciales entrantes su posibilidad de utilizar los servicios intermedios ofrecidos por el ganador de la licitación. Esto, toda vez que se vuelve necesario invertir en redes locales, para competir con una empresa cuyas redes fueron objeto de un subsidio;

**Nonagésimo noveno:** Que las empresas establecidas anteriormente y las potenciales entrantes, sin embargo, podrían pasar a contratar los servicios intermedios ofrecidos por el adjudicatario, lo que podría eventualmente reducir sus costos de acceso a internet respecto a su situación actual. En todo caso, dados los antecedentes que obran en el proceso, este Tribunal no dispone de la información necesaria para evaluar si los precios máximos fijados por la autoridad para la oferta de facilidades en el Anexo N° 6 de las Bases están correctamente determinados, en el sentido de que no impongan desventajas para competir a los operadores que quieran hacer uso de tales facilidades respecto de los servicios, incluidos o no como obligatorios en la licitación, que ha de proveer el adjudicatario utilizando las redes subsidiadas. Así, si esos precios máximos son demasiado altos, podría no cumplirse en absoluto el objetivo pro-competitivo fijado al momento de determinarse la obligatoriedad de la oferta de facilidades a terceros;

**Centésimo:** Que en síntesis, es evidente que el subsidio analizado afecta la competencia en los mercados involucrados, pues puede impedir la expansión de competidores, producir efectos exclusorios y constituir una barrera a la entrada para nuevas empresas, dañando y poniendo en riesgo la competencia en los mercados afectados;

**Centésimo primero:** Que, directamente relacionado con ello, este tipo de subsidios pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, en el trato que el Estado brinda en materia económica. Así, en el caso analizado en este proceso, la LGT establece beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos y que, por lo tanto, no están establecidos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, como prescribe el artículo 19 N° 22 de nuestra Carta Fundamental y, al establecerse así el subsidio en un mercado que es potencialmente competitivo, crea barreras artificiales a la entrada de competidores actuales o potenciales, distorsionándose con ello la competencia;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo segundo:** Que el subsidio analizado en autos constituye entonces, a juicio de este Tribunal, una discriminación arbitraria que tiene efectos anticompetitivos. Sin embargo, dado que su fuente es legal, este Tribunal no aplicará sanciones respecto de la demandada, sin perjuicio de su facultad para solicitar la modificación o dictación de normas, establecida en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211;

**Centésimo tercero:** Que corresponde a este Tribunal analizar a continuación la acusación realizada por las actoras referida a la supuesta comisión, por parte de la demandada, de un acto de competencia desleal consistente en (i) que las Bases no ponderan la diferencia en la calidad técnica de los servicios, por lo que todos los proyectos técnicos que alcancen un mínimo de calidad compiten en igualdad de condiciones, asignándose el subsidio únicamente conforme al proyecto financiero (artículo 21, letra a); y, (ii) que los requerimientos mínimos de calidad son “mediocres” y posibilitan el engaño a los consumidores, pues los adjudicatarios sólo deben cumplir con el 10% de la velocidad ofrecida (art. 41, alt. 2, de las Bases), en circunstancias que los demás competidores en los mercados concernidos deben cumplir con lo que ofrecen a sus usuarios;

**Centésimo cuarto:** Que, a juicio de este Tribunal, la inclusión en las Bases de la exigencia técnica de que el asignatario del Concurso debe proveer el servicio con un límite mínimo de velocidad de transferencia de datos, en ningún caso puede constituir una hipótesis de competencia desleal, toda vez que, al igual que en el caso de la acusación de precios predatorios, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones no puede ser sujeto pasivo de una imputación como la que se analiza, toda vez que no participa en el mercado en calidad de oferente o demandante de bienes o servicios y, por tanto, no está en posición de disputar clientes a otros agentes económicos en forma lícita o ilícita con el objeto de alcanzar o mantener una posición dominante, como exige la norma contenida en el artículo 3° letra c) del Decreto ley N° 211, razón suficiente para desestimar el cargo en cuestión;

**Centésimo quinto:** Que, a mayor abundamiento, tal como ha sostenido la demandada y ha quedado acreditado en autos por diversos medios, entre los que se cuentan la testimonial de Cristián Rodrigo Nuñez Pacheco, cuya transcripción rola a fojas 2190 y siguientes, las redes de telecomunicaciones se diseñan de acuerdo a un modelo probabilístico considerando los momentos de mayor congestión en los que se debe proveer el servicio a una velocidad de transferencia de datos aceptable, que en el caso del concurso de autos se establece en un 10% de la velocidad ofrecida en condiciones de mínima congestión. No puede

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

desprenderse del hecho de que la autoridad haya buscado asegurar en las Bases un mínimo aceptable para la velocidad de transferencia de datos que deberá proveer el o los adjudicatarios del Concurso, que haya pretendido inducir o favorecer conductas de competencia desleal en tales adjudicatarios -como la publicidad engañosa- pues no existe antecedente alguno en autos que permita sostener tal aserto;

**Centésimo sexto:** Que tampoco tal exigencia de velocidad mínima en la transferencia de datos puede considerarse un acto que tienda a restringir la competencia en los mercados en los que incide el Concurso, pues el requerimiento de determinados estándares de calidad mínima a quien se adjudique el subsidio en cuestión no impide, en sí mismo, que otros competidores puedan, en principio, ofrecer distintos servicios que presenten las más diversas relaciones precio-calidad con el objeto de competir en el mercado de forma eficaz, y no se ha aportado antecedente alguno en autos que indique lo contrario;

**Centésimo séptimo:** Que, a mayor abundamiento, a juicio de estos sentenciadores, la apreciación de las demandadas de que los requerimientos técnicos mínimos exigidos a los postulantes en los Títulos I a V del Capítulo 2° de las Bases eran “mediocres”, no pasa de ser una opinión, pues es la autoridad sectorial la que debe definir tales requerimientos técnicos con el objeto de satisfacer las necesidades de los usuarios a quienes se pretende otorgar cobertura con los subsidios concursados, estableciendo una tarifa máxima para los servicios respectivos. Lo único relevante para esta sede es que tales exigencias técnicas estén concebidas de manera que permitan participar en la licitación a la mayor cantidad posible de potenciales proponentes idóneos, dados los fines perseguidos por la autoridad;

**Centésimo octavo:** Que, por último, cabe pronunciarse sobre el cargo realizado por Marcom en orden a que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones incurrió en “fraude a la ley” al asignar frecuencias al primer adjudicatario del Concurso, Inverca Telecomunicaciones S.A., debido a que dicha empresa no solicitó dinero como subsidio sino frecuencias radioeléctricas, toda vez que no se respetó para el otorgamiento de tales frecuencias el mecanismo contemplado para ello en el artículo 13 C de la LGT. La demandante señalada sostiene que, al procederse de este modo, se burló la ley impidiendo que quienes tuviesen motivos técnicos para oponerse al otorgamiento de concesiones pudieran hacerlo, porque el Concurso no preveía mecanismos de oposición técnica a la asignación de frecuencias;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo noveno:** Que al respecto, la demandada sostuvo en su defensa que las frecuencias deben otorgarse necesariamente por el mecanismo de concurso público contemplado en el artículo 13 C de la LGT, sólo en los casos en los que dichas frecuencias vayan a ser destinadas a la concesión de servicios de libre recepción o radiodifusión y no en casos, como el de autos, en los que se trata de otro tipo de concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones;

**Centésimo décimo:** Que independientemente de que tal defensa se base o no en una interpretación correcta de la LGT, dado el tenor de lo dispuesto en su artículo 13 C, en relación con el artículo 13 A de la misma, lo cierto es que expresamente las normas en cuestión, que regulan los concursos para asignar subsidios del FDT, permiten cautelar adecuadamente la calidad de los servicios a subsidiar, las tarifas a cobrar por ellos y los requisitos y características técnicas que deben cumplir quienes postulen a tales subsidios;

**Centésimo undécimo:** Que, en efecto, el artículo 28 F de la LGT prescribe que *“[l]as bases de los concursos públicos especificarán los requisitos, las características y el contenido del correspondiente proyecto, cuidando de asegurar la calidad del servicio...”*. Más adelante, la norma en cuestión establece que las bases de los concursos deben señalar *“...la zona de servicio mínima; las tarifas máximas que se podrán aplicar a los usuarios de dicha zona mínima, incluidas sus cláusulas de indexación; los plazos para la ejecución de las obras y la iniciación del servicio; el monto máximo del subsidio y el tipo de emisión, tratándose de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión locales, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general, incluidos los servicios de radiodifusión de mínima cobertura”*. Asimismo, la norma prescribe en la parte pertinente que *[p]odrán presentarse al concurso las personas jurídicas que cumplan con los requisitos legales y reglamentarios para ser titulares de la concesión o permiso del servicio de telecomunicaciones de que se trate, según los casos.”*;

**Centésimo duodécimo:** Que a su turno, el artículo 28 G de la LGT establece que, *“[a]signado un proyecto, el Consejo remitirá los antecedentes respectivos a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que deberá tramitar las concesiones, permisos o licencias, según corresponda, dentro del plazo de sesenta días, de acuerdo con el procedimiento que establezca el reglamento de este Título.”*;

**Centésimo decimotercero:** Que, por lo tanto, puede argumentarse razonablemente que la Ley no exige que, además de los concursos para adjudicar los subsidios, deban realizarse complementariamente otros concursos o licitaciones para otorgar concesiones que habiliten a los adjudicatarios para usar las frecuencias

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

necesarias para prestar los correspondientes servicios o, dicho de otra forma, que el concurso del FDT puede ser, a la vez, un concurso apto para asignar frecuencias en caso de que sean requeridas por un proponente para prestar el servicio respectivo ;

**Centésimo decimocuarto:** Que, consistentemente, las bases del Concurso en la parte pertinente del artículo 1° establecen que “...se contempla la disponibilidad de uso de frecuencias de espectro radioeléctrico para la implementación del proyecto, si esto fuera requerido por el o los postulantes”. En el anexo 13 de las Bases están estipuladas las bandas de frecuencia que podrán ser usadas por los proponentes en los casos en los que, por ejemplo, pretendan utilizar soluciones inalámbricas en la “última milla” y no dispongan de medios propios o de terceros para ello (artículo 12 de las Bases);

**Centésimo decimoquinto:** Que desde la óptica de la competencia, estas disposiciones que establecen la posibilidad de requerir frecuencias para implementar los proyectos propuestos en el marco del Concurso, lejos de restringir la competencia tienden a favorecerla, pues permiten a quienes no disponen de medios propios o de terceros poder ofrecer un proyecto que considere una interfaz radioeléctrica con los clientes y contar con las frecuencias para implementar tal interfaz;

**Centésimo decimosexto:** Que lo relevante para efectos de esta sede es que las Bases del Concurso, en su integridad, garanticen -como se ha dicho- la posibilidad de competir en condiciones que aseguren la igualdad jurídica para hacerlo, en el sentido de otorgar oportunidades equivalentes a todos los interesados que potencialmente pudiesen prestar los servicios a subsidiar de manera económica y técnicamente factible, lo que ya ha sido analizado en esta sentencia;

**Centésimo decimoséptimo:** Que, finalmente, las mismas Bases establecen –en su artículo 24– que el adjudicatario del Concurso debía solicitar a SUBTEL las concesiones necesarias para prestar los servicios adjudicados, conforme a los procedimientos establecidos en la misma LGT y su Reglamento. Dentro de dichos procedimientos se contempla la posibilidad –de acuerdo al artículo 13 A de la LGT– que “quien tenga interés en ello” pueda interponer una reclamación respecto de la resolución que otorgue una concesión. Por lo anterior, y al contrario de lo señalado por la demandante Marcom, las Bases no tienen el efecto de impedir el ejercicio del legítimo derecho de oposición –por fundamentos técnicos– a la asignación de frecuencias de espectro radioeléctrico;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Centésimo decimoctavo:** Que, por lo tanto, es procedente desestimar en esta sede el cargo relacionado con un presunto “fraude a la ley” fundado en que la autoridad podía, según las Bases, otorgar frecuencias a quien las necesite como insumo para prestar los servicios objeto del subsidio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en otras sedes respecto de bienes jurídicos distintos a la libre competencia;

**Centésimo decimonoveno:** Que habiéndose pronunciado este Tribunal acerca del mérito de las acusaciones objeto de este juicio, y dado el análisis realizado, es importante hacer presente que algunos de los problemas para la competencia detectados se ven favorecidos debido a las restricciones impuestas por la forma de entregar el subsidio, esto es, un monto fijo a uno o más oferentes determinados. Tales restricciones conducen necesariamente a una menor competencia por entrar en el mercado, ya sea antes o después de adjudicado el concurso en análisis;

**Centésimo vigésimo:** Que, adicionalmente, el establecimiento de estos subsidios, al alterar la estructura del mercado en el que se otorga, complejiza el proceso de diseño de la licitación o concurso para su otorgamiento y puede originar errores que afecten la competencia en dicho mercado;

**Centésimo vigésimo primero:** Que, en consecuencia, y con el objeto de reducir los riesgos a la libre competencia que el sistema vigente de subsidios establecido en la LGT y la forma en que éstos se adjudican ocasionan -y que han sido descritos en la presente sentencia- este Tribunal, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 18° N° 4 del Decreto Ley N° 211 y en la forma y oportunidad procedente, recomendará al Presidente de la República, por intermedio del Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, que realice cambios sustanciales a los mecanismos de asignación de subsidios con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones;

**Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º y 26º del Decreto Ley N° 211, SE RESUELVE:**

- 1. Rechazar** las tachas formuladas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en contra de don Efraín González Morales, a fojas 1114, de don Israel Mandler Snaider, a fojas 1119 y 1120 y de don Oscar Cabello Araya, a fojas 1335;
- 2. Acoger** la tacha formulada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en contra del señor John Grollmus Merino a fojas 1350; y,



**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**3. Rechazar** las demandas planteadas por Netland Chile S.A. a fojas 226 y por Marcom Ltda. a fojas 589, en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin costas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 179-08

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.