

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**SENTENCIA N° 13/2005.**

Santiago, diecisiete de marzo de dos mil cinco.

**VISTOS:**

1.- A fs. 95, ENTEL TELEFONIA LOCAL S.A, en adelante también EntelPhone, deduce demanda en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en adelante también Subtel, organismo que aprobó las Bases del Concurso Público Telefónico Local Inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3.600 MHz. La demanda se funda en que las referidas bases contemplan la prohibición de participar en la licitación a las empresas que se encuentran en la situación que se describe en el artículo 2° de la sección I y en el artículo 2° de la sección II, de las mismas. Estos artículos se refieren al otorgamiento de concesiones de servicio público de servicio telefónico local inalámbrico con cobertura nacional y regional, respectivamente, y establecen que no podrán participar en el concurso aquellas empresas o grupo de empresas relacionadas o coligadas que sean titulares de concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3.700 MHz y que en una misma área geográfica, tengan 100 MHz en total, de acuerdo a lo señalado en el resuelvo 4° de la Resolución N° 584, de 27 de septiembre de 2000, de la Honorable Comisión Resolutiva.

La actora señala que, a su juicio, las aludidas prohibiciones constituyen un acto que restringe o entorpece la libre competencia, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que solicita que este Tribunal se aboque al conocimiento de los hechos que describe, y adopte las medidas correctivas pertinentes.

Como antecedentes, expone que los artículos 2°, tanto de la Sección I como II de las Bases, aluden al resuelvo 4° de la citada Resolución N° 584 como fundamento jurídico que permitiría a Subtel prohibir la participación en el

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concurso de aquellas empresas relacionadas o coligadas que sean titulares de concesiones de servicio público telefónico inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3700 MHz, que en una misma área geográfica tengan en total 100 MHz.

Sin embargo, sostiene la demandante, dicha interpretación no se aviene ni con el texto ni con el espíritu de la Resolución referida ya que su dictación, con fecha 27 de septiembre de 2000, resolvió que Subtel debía modificar la norma técnica, contenida en la Resolución Exenta N° 1498 y las Bases del Concurso Público para asignar concesiones en la Banda de Frecuencias de 3.400-3.700 MHz, observando los criterios e instrucciones de la Comisión Resolutiva sólo en lo concerniente a dicho concurso.

En cumplimiento de lo ordenado por la Comisión Resolutiva, Subtel procedió a modificar las bases del concurso, conforme a las cuales hizo el llamado y asignó las concesiones de la siguiente manera:

- a) Concesiones de cobertura nacional: se asignaron a las empresas Protel S.A., Entel Telefonía Local S.A. y Chilesat Servicios Empresariales S.A.;
- b) Concesiones con cobertura regional: la autoridad asignó a las empresas que se señalan las siguientes concesiones con la cobertura que en cada caso se indica: EntelPhone en las 13 Regiones del país; VTR Telefónica S.A. en la Región Metropolitana; y la Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A., en las regiones VII, IX, X y XI.

Tras adjudicarse sus respectivas concesiones, las empresas Protel, Chilesat y VTR no presentaron la boleta bancaria de garantía de fiel cumplimiento que, de acuerdo con las bases, correspondía entregar para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento del proyecto técnico comprometido.

De esta manera, las únicas concesionarias en condiciones de desarrollar sus proyectos técnicos presentados al concurso fueron la Compañía Nacional de

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Teléfonos Telefónica del Sur S.A., con concesiones regionales, y EntelPhone, como única concesionaria nacional y con 13 concesiones regionales.

Finalmente, la concesionaria Telefónica del Sur S.A. renunció a las concesiones que cubrían las regiones VII, IX y XI, conservando sólo la correspondiente a la X Región en calidad de proyecto piloto, sin que hasta la fecha lo haya desarrollado comercialmente.

En este estado de cosas, a esta fecha EntelPhone es la única empresa que presta este servicio y con cobertura nacional.

Por otro lado, sostiene la demandante, tanto la tecnología utilizada actualmente a nivel mundial como la empleada por EntelPhone, permite un crecimiento limitado de usuarios. A ello se debe agregar que, por el hecho de ser la única concesionaria que presta el servicio, la demanda ha generado la saturación de muchos sectores, en los que no es posible técnicamente atender actualmente nuevos requerimientos de clientes o prestar servicios adicionales.

Técnicamente, EntelPhone requiere contar en la actualidad con un mayor ancho de banda, a fin de:

i) Satisfacer la demanda: los equipos actualmente disponibles en el mercado para ser utilizados en la prestación del servicio, debido a su baja eficiencia espectral, no permiten satisfacer la demanda con el ancho de banda de frecuencias asignado, en los siguientes aspectos:

a) velocidad: las necesidades de velocidad de información de los servicios de telefonía y datos han aumentado en forma considerable, sin que hayan aumentado a la fecha de la misma forma las prestaciones de la tecnología *Wireless Local Loop* (WLL), por lo cual se requiere un mayor ancho de banda para entregar esos servicios;

b) números de usuarios: actualmente la tecnología WLL solamente permite atender un número reducido de usuarios por estación base. Para

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

satisfacer esta demanda, se plantean las siguientes alternativas: aumentar la capacidad del sistema actual, no siendo ello posible dada las condiciones actuales de saturación; instalar más estaciones base de tecnología actual, alternativa inviable debido a las altas interferencias que se generan en el sistema, a medida que se agregan nuevas estaciones bases en un mismo sector geográfico; instalar más estaciones base con nueva tecnología, alternativa que requiere de un mayor ancho de banda de frecuencias y una mayor infraestructura.

ii) Reducir interferencias en zonas de alta demanda y mejorar el servicio al cliente: la alta densidad de celdas que existe en la RM y en otros centros urbanos genera altas interferencias entre las celdas, provocando una disminución importante en la capacidad total del sistema.

iii) Implementar nueva tecnología: con el propósito de mejorar la eficiencia espectral y ofrecer una gama de servicios más atractiva, lo que implica adoptar una nueva tecnología, la que requiere, a su vez, mayor ancho de banda. Por otro lado, la tecnología actual no permite flexibilizar el ancho de banda de frecuencias en aquellas zonas de alta demanda, impidiendo adoptar la nueva tecnología en aquellas zonas donde más se necesita.

iv) Existe un ancho de banda de 3,5 GHz, recurso no utilizado en la actualidad: EntelPhone es la única empresa que ha desarrollado y comercializado la tecnología WLL, de manera que, a juicio de la demandante, puede concluirse que no existen más interesados por el resto de la banda. De esta manera, para desplegar una nueva tecnología con mayor eficiencia espectral y reducir los niveles de interferencia a valores que permitan obtener un rendimiento satisfactorio por sector para la tecnología actualmente en operaciones, se hace estrictamente necesario incorporar un quinto bloque espectral a los ya existentes.

Por otro lado, la demandante señala que correspondería que este Tribunal aclarase las resoluciones dictadas por la H. Comisión Resolutiva y, en caso de que proceda, que adoptase las medidas tendientes a verificar su correcto

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cumplimiento. En este contexto, solicita a este Tribunal que, conociendo de la demanda de autos, declare que la prohibición que establecen los artículos 2° de la Sección I y 2° de la Sección II de las Bases del Concurso Público actualmente en desarrollo, es un acto que restringe o entorpece la libre competencia por lo que, en consecuencia, Subtel debe eliminar de dichas bases la prohibición que impide participar en el concurso a aquellas empresas o grupo de empresas relacionadas o coligadas que sean titulares de concesiones de servicio público telefónico inalámbrico en la banda de frecuencias 3.400-3700 MHz y que en una misma área geográfica tengan en total 100 MHz.

A su juicio, la limitación impuesta por la Honorable Comisión Resolutiva fue aplicable únicamente a la situación en la que se producía superposición de zonas de servicio de concesiones y respecto de ese llamado a concurso.

Por último, solicita tener por interpuesta demanda en contra de Subtel y, en definitiva, declarar que el artículo 2° de la Sección I y el artículo 2° de la Sección II de las Bases señaladas, es un acto que restringe o entorpece la libre competencia, ordenando sea eliminada dicha prohibición, oficiando a Subtel al efecto.

A fs. 106 este Tribunal confiere traslado de la demanda.

2.- A fs. 194 Subtel evacua el traslado y señala lo siguiente:

La demanda pretende que Subtel sea sujeto pasivo de un procedimiento infraccional por atentar contra la libre competencia, es decir, pone a Subtel en la absurda e insólita situación de ser enjuiciada como infractora de la libre competencia a causa de haber dado estricto y literal cumplimiento de una instrucción taxativa que le emitió en su momento el tribunal competente.

El acto impugnado a través de la demanda no son las Bases del concurso público de WLL, sino que la norma técnica del servicio.

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Señala que Subtel se vio obligada a modificar el marco normativo técnico del Servicio Local Inalámbrico en base a la tecnología WLL, en las bandas de frecuencias 3.400- 3.700 MHz, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 1496, de 12 de diciembre de 2000, la que modificó a su vez la Resolución Exenta N° 1498, de 22 de octubre de 1999, que fijó la norma técnica para el Servicio Público Telefónico Inalámbrico en la banda de frecuencias señalada.

Las modificaciones introducidas en esa oportunidad se refieren a los siguientes aspectos: hubo de ampliarse la cantidad máxima de operadores del servicio WLL, en una misma área geográfica, de 3 a 6 concesionarias, debiendo subdividirse los tres bloques (de hasta entonces 100 MHz cada uno), en 6 bloques de, ahora, 50 MHz cada uno.

Hubo de insertarse un nuevo artículo 6° en la norma técnica del servicio, del siguiente tenor: Una empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas no podrá acumular más de 100 MHz en una misma zona geográfica.

Es decir, lo que Subtel ha hecho es cumplir cabalmente con la Resolución N° 584, la que señala que ésta deberá modificar la norma técnica contenida en la Resolución Exenta N° 1498.

En consecuencia, no resulta en caso alguno correcto afirmar que la orden de la H. Comisión Resolutiva se restringía a las bases del concurso público que se encontraba abierto al momento de su emisión, dado que, en la medida que la orden se refiere a la norma técnica que regula el servicio como tal, es obvio que su alcance afecta a todos y cada uno de los concursos públicos presentes y futuros que se abran con el objeto de otorgar concesiones para la operación y explotación de dicho servicio.

Entonces, no cabe duda que el acto que la demandante estima contrario a la libre competencia es la Resolución Exenta N° 1496, y no las actuales bases del concurso.

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Añade Subtel por otro lado que, lo que verdaderamente está impugnado como acto contrario a la libre competencia, es la Resolución N° 584 del año 2000, y debe concluirse que es en contra de la H. Comisión Resolutiva o de su continuador legal que el demandante debiera haber accionado, o ante quien debiera requerirse se ordene modificar el marco normativo técnico del servicio, con miras a levantar la prohibición mencionada.

Es decir, resulta del todo improcedente recurrir en contra de Subtel por decisiones ajenas a su competencia sectorial, ya que no ocurre una infracción de la autoridad administrativa, sino que se trata de una disposición emanada de la autoridad de defensa de la libre competencia, cuya derogación o modificación no corresponde a Subtel, sino a la autoridad responsable de su introducción.

Por otro lado, sostiene la demandada, de estimarse que existe una infracción al Decreto Ley N° 211, debe aplicarse a ella la prescripción que corresponde a su naturaleza jurídica, esto es, la prescripción de las faltas, que es de 6 meses. En este orden de cosas, y habiendo transcurrido holgadamente el plazo de 6 meses, contados desde la publicación de la citada resolución para la prescripción extintiva de la acción interpuesta, debe declararse inadmisibles la demanda presentada.

Pero aún más, añade, si se aplicase el plazo de dos años contemplado en el artículo 17 E del Decreto Ley N° 211, la acción también se consideraría prescrita.

Por otro lado, es perfectamente posible que este Tribunal, si lo estimase del caso, conviniese cambiar el criterio establecido respecto de las concesiones de WLL en la Resolución N° 584, en cuanto ello favoreciese la libre competencia.

Solicita tener por contestada la demanda rechazándola con expresa condena en costas.

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Solicita además tener presente que se han planteado cuestiones relativas a la constitucionalidad de la demanda, a la prescripción de la acción intentada y al carácter firme o ejecutoriado de la Resolución N° 584 y que parece conveniente resolver dichas cuestiones en carácter previo y especial.

3.- A fojas 239 de autos, consta la presentación de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por medio de la cual esta empresa se hace parte en el proceso.

4.- Con fecha 3 de marzo de 2005, tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, según lo dispuesto por el Decreto Ley N° 1762 de 1977, la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, el Decreto Supremo N° 15, de 1983, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprobó el Plan General de Uso del Espectro Radioeléctrico, corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones y administrar y controlar el espectro radioeléctrico.

**SEGUNDO:** Que la Honorable Comisión Resolutiva, con el objeto de cautelar que las normas técnicas y condiciones que se establezcan para la asignación del espectro radioeléctrico no afectasen la libre competencia en los servicios de telecomunicaciones, ordenó, mediante la Resolución N° 584, de 27 de septiembre de 2000, la modificación, en la forma que indicó, de la norma técnica contenida en la Resolución Exenta N° 1.498, de Subtel, de 22 de octubre de 1999, y las bases del concurso público para asignar concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda de frecuencias de 3.400-3.700 MHz.

**TERCERO:** Que el resuelvo 4° de la resolución mencionada en el considerando anterior, en su parte pertinente, estableció que "...en una misma



REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

área geográfica se permitirá la superposición de zonas de servicio de hasta dos concesiones asignadas a una misma empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas, en cuyo caso los proyectos técnicos comprometidos deberán cumplir, conjuntamente y dentro del plazo de ejecución de los mismos, los requisitos que establezca la Subsecretaría de Telecomunicaciones a objeto de cautelar el uso efectivo y eficiente de las frecuencias asignadas en las áreas geográficas donde se produzcan tales superposiciones. Con todo, en este caso, las frecuencias totales asignadas a una misma empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas no deberán exceder de 100 MHz.”

**CUARTO:** Que en cumplimiento de lo prescrito por la Honorable Comisión Resolutiva, Subtel dictó la Resolución Exenta N° 1.496, de 12 de diciembre de 2000, que modificó la norma técnica del servicio en cuestión en varios puntos, introduciéndose, entre otras disposiciones, un nuevo artículo 6°, el que dispone: “Una empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas no podrá acumular más de 100 MHz en una misma zona geográfica”.

Posteriormente, durante el año 2001, Subtel convocó a un primer concurso para asignar concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda de frecuencia de 3.400-3.700 MHz, cuyas bases recogieron lo establecido en la norma técnica mencionada y, por tanto, lo ordenado por la H. Comisión Resolutiva.

Como resultado de ese concurso público, se asignó a EntelPhone una concesión de cobertura nacional de 50 MHz y concesiones de cobertura regional en las trece regiones del país, también de 50 MHz cada una.

En la actualidad, y durante más de tres años, EntelPhone ha sido la única empresa que ha operado este servicio, dentro del marco normativo que lo regula, sin haberlo cuestionado antes de la interposición de la demanda de autos.

**QUINTO:** Que a fines del año 2004 Subtel llamó a un nuevo concurso para otorgar concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico, por las

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mismas frecuencias contempladas en el anterior, pero que permanecen vacantes, con la excepción de dos bloques de 50 MHz, correspondientes a la banda comprendida entre los 3.600 y 3.700 MHz.

En este nuevo concurso, la autoridad reguladora reprodujo en las bases respectivas la limitación referida a que una empresa o grupo de empresas relacionadas o coligadas no puede acumular más de 100 MHz en una misma zona geográfica.

**SEXTO:** Que la demandante no impugnó en su momento, por medio de los recursos que la ley franquea, la Resolución N° 584 de la H. Comisión Resolutiva. Tampoco lo hizo respecto de la R.E. N° 1496 de Subtel, que adecuó la norma técnica del servicio según lo ordenado por ese fallo; y, por último, no objetó las bases del concurso del año 2000, elaboradas de acuerdo con la norma técnica mencionada, en el que participó y se adjudicó una concesión de cobertura nacional y concesiones en cada región del país.

Además, cabe tener presente que todas las posibles vías de impugnación de lo fallado por la H. Comisión Resolutiva han precluido y que las acciones que pudiesen haberse intentado ante este Tribunal en contra de la norma técnica establecida por Subtel se encontrarían prescritas al momento de iniciarse el proceso de autos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20°, inciso 3°, del texto refundido del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo en curso.

**SÉPTIMO:** Que EntelPhone demandó en autos a Subtel, imputándole la comisión de una presunta infracción al Decreto Ley N° 211, materializada por el acto administrativo que aprueba las bases del nuevo concurso en actual desarrollo. Fundó su pretensión en la opinión de que dichas bases extralimitarían el mandato de la mencionada Resolución N° 584, que sólo estaría referida al concurso en progreso en la época de su dictación.

El argumento anterior será desechado por este Tribunal, ya que basta la simple lectura del resuelto 1° de ese fallo de la H. Comisión Resolutiva para advertir

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que su propósito no fue sólo el de ordenar al organismo regulador la modificación de las bases de un concurso público en particular, si no que también la norma técnica del servicio respectivo, cuyos efectos son indefinidos en el tiempo, y oponibles *erga omnes*, en tanto no sea modificada por la autoridad que la estableció en forma legal.

Por lo demás, el actual llamado a concurso pretende, precisamente, concesionar algunas de las frecuencias que no fueron adjudicadas en el anterior.

**OCTAVO:** Que este Tribunal, por otra parte, no vislumbra la utilidad práctica de lo solicitado en la parte petitoria de la demanda de autos, toda vez que, aun cuando accediera a lo por ella pedido y declarara que el artículo 2° de la sección I y 2° de la sección II de las bases cuestionadas son anticompetitivos y ordenara su eliminación, la demandante no podría presentarse a la licitación en curso, toda vez que ya posee dos concesiones en todas las áreas geográficas involucradas, límite máximo impuesto por la H. Comisión Resolutiva en la tantas veces nombrada Resolución N° 584 de 2000 y en la norma técnica citada, que informaron el concurso público verificado el año siguiente.

**NOVENO:** Que, adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del texto refundido del Decreto Ley N° 211, no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independientemente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar. En efecto, no se ha producido un nuevo pronunciamiento de este Tribunal, en los términos que establece el citado artículo.

**DECIMO:** Que la iniciación de este proceso tuvo como consecuencia el retardo de un concurso público que la autoridad competente ha convocado con plena sujeción a la legalidad y a lo resuelto por la judicatura de defensa de la competencia en su momento. De esta forma, la acción de la demandante pudo

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

haber tenido por objeto obstaculizar o, a lo menos, retardar la entrada de nuevos competidores al mercado de la telefonía inalámbrica.

**Y TENIENDO PRESENTE**, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del texto refundido del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo en curso, y 144 del Código de Procedimiento Civil, se **RESUELVE**:

Que se rechaza la demanda interpuesta por ENTEL TELEFONÍA LOCAL S.A. de fojas 95 en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, con costas.

Notifíquese y transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica. Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 54 - 04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Serra. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.