



## INFORMA

### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, en los autos Rol C N° 179-08, caratulados **“Demanda de Netland Chile S.A. y Marcom Limitada contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”**, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto por ese H. Tribunal mediante resolución de fecha 25 de agosto de 2009, vengo en evacuar informe, en los términos siguientes:

#### I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de noviembre de 2008 Netland Chile S.A. formuló demanda, ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en contra del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante SUBTEL, y en contra el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDT) por supuesta infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 al ejecutar prácticas atentatorias a la libre competencia que la restringirían y entorpecerían, sin perjuicio que, adicionalmente las mismas, hayan configurado, además, prácticas predatorias y de competencia desleal.
2. Conforme a la demanda, lo anterior tendría lugar en el marco del 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” efectuado por SUBTEL, en adelante el Concurso. Este programa contemplaría subsidios a empresas, destinados a la

- construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del Servicio Público de Transmisión de Datos en diversas localidades del país.
3. El denunciante funda su acusación en que el diseño de las bases impondría una barrera a la entrada a pequeños operadores. Asimismo, señala que los subsidios otorgados en localidades en que existe al menos un operador proveyendo servicios, propiciarían prácticas predatorias y de competencia desleal. En particular, señala las zonas en que la denunciante proveería servicios de acceso a internet mediante una tecnología inalámbrica. (Provincias de Maipo, Talagante y Melipilla)
  4. En otro orden de ideas, señala que en determinadas localidades, las condiciones de mercado no aplican para la utilización del Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones (FDT), siendo por tanto ilegal su aplicación.
  5. Concluye solicitando se deje sin efecto el concurso y se permita realizar uno nuevo, contemplando únicamente zonas que carezcan de cobertura de proveedores del servicio.
  6. La parte demandada, en su contestación, señaló:
    - (i) Respecto de las barreras a la entrada, la versión refundida y definitiva de las Bases (modificadas tras consulta de los interesados) habría sido publicada en la página web de SUBTEL, previo a la presentación de la demanda, incorporando además el Anexo N° 15 el cual aclararía las alternativas de postulación con lo cual todas las propuestas, ya sean Nacionales, Zonales o Regionales, serían consideradas en el concurso.
    - (ii) En materia de predación, primeramente advierte que la explotación de los servicios concursados no son una actividad entregadas a ese Ministerio, ni tiene el Estado una empresa pública mediante la cual ejerza tal actividad. Acto seguido, agrega que desde la perspectiva económica es necesaria la comparación entre los precios imputados

como predatorios con los costos medios totales y medios variables de provisión de un determinado bien o servicio.

(iii) Finalmente, señala que la legalidad o ilegalidad de la aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT) no es materia a determinar en Sedes de Competencia. Hace presente también que, actualmente, se estaría ejerciendo jurisdicción para resolver respecto de esa legalidad en la I. Corte de Apelaciones de Santiago, caso Rol N° 9.799-2008. (Luz Linares S.A. y Luz Parral S.A. en contra de de la Subsecretaría de Telecomunicaciones)

7. Con fecha 12 de marzo de 2009, la Fiscalía Nacional Económica evacuó informe solicitado por el H. Tribunal. En dicho informe, esta Fiscalía se pronunció acerca del punto de prueba “estructura y características del o los mercados potencialmente afectados y efectos del subsidio”. En el mismo, se describió la industria de acceso a internet por banda ancha en Chile, el mercado relevante y las condiciones de acceso al mercado. Asimismo, se explicó el sistema adoptado por la Unión Europea para analizar subsidios a la banda ancha y los posibles efectos que un subsidio provocaría en el mercado afectado.
8. Posteriormente, el 17 de marzo de 2008, el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, en su Acta de Sesión XIX, publicó el resultado del concurso. De acuerdo a la citada Acta, cuatro empresas participaron en el concurso, siendo la adjudicataria la empresa Inverca Telecomunicaciones S.A.<sup>1</sup>. La adjudicataria compitió con los consorcios de empresas Consorcio Entel<sup>2</sup>, Consorcio Intertel S.A./Telefónica Larga Distancia S.A.<sup>3</sup> y con la empresa Comunicación y Telefonía Rural S.A.<sup>4</sup>.
9. Con fecha 6 de abril de 2009, Marcom Limitada interpuso una demanda ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en contra de

---

<sup>1</sup> La propuesta de Inverca Telecomunicaciones S.A. solicita un subsidio de \$0.

<sup>2</sup> La propuesta de Consorcio Entel solicita un subsidio de \$22.567.657.675.

<sup>3</sup> La propuesta de Consorcio Intertel S.A./Telefónica Larga Distancia S.A. solicita un subsidio de \$28.150.000.000.

<sup>4</sup> La propuesta de Comunicación y Telefonía Rural S.A. solicita un subsidio de \$31.088.099.858.

SUBTEL y en contra del CDT por prácticas atentatorias a la libre competencia, las cuales además, configurarían prácticas predatorias y de competencia desleal, realizadas con el objeto que agentes de mercado alcancen, mantengan o incrementen una posición dominante.

10. Al igual que en la demanda de Netland S.A., Marcom señala que estas conductas tendrían lugar en virtud del 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 la Telecomunicaciones” efectuado por SUBTEL, el cual, como ya se señaló, contempla subsidios destinados a la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del Servicio Público de Transmisión de Datos en diversas localidades del país.
11. En síntesis, en la demanda se expone lo siguiente:
  - (i) El mercado relevante del producto estaría definido en las bases del Concurso, y estaría constituido por la infraestructura y capacidad de prestación de servicio de transmisión de datos, mientras que el mercado relevante geográfico serían todas y cada una de las más de 1.400 localidades señaladas en las Bases del Concurso.
  - (ii) Ilegalidad del Concurso: El objeto del citado concurso excede el principio de legalidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado, habiéndose por tanto, cometido un fraude a la ley, el que a su vez tiene efectos anticompetitivos. En efecto, la demandante señala que de acuerdo a la las reglas de interpretación consagradas en los artículos 19 y 22 del Código Civil- el concepto “cobertura”, se refiere al ámbito territorial, espacial o geográfico. Por lo anterior, “promover el aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones”, significa aumentar el área o espacio en que se prestan estos servicios. Así las cosas, el concurso debió estar orientado a aumentar el área o espacio en que se presta el servicio de telecomunicaciones, y no haber afectado áreas en las que actualmente

se presta el servicio, o bien, existe una empresa con capacidad para hacerlo. En definitiva, al abarcar las zonas y áreas donde la demandante presta el servicio o está capacitada para hacerlo, como son las comunas de Yumbel, Tirúa, Los Ángeles, Nacimiento y Mulchen, el concurso excedió el marco legal que lo regula.

- (iii) **Barreras a la Entrada:** El diseño de las bases establecerían una preferencia absoluta en favor de las postulaciones de tipo nacionales al concurso, privilegiando proyectos de cobertura nacional, imponiendo por esta vía, barreras administrativas a la entrada a pequeños operadores, las cuales, en la práctica serían insalvables y por lo tanto les impedirían el acceso a la ayuda estatal. En efecto, luego de un análisis pormenorizado de las bases, la demandante concluye que al llevarse a la práctica los criterios del concurso, los proyectos ganadores no pueden ser otros que aquellas propuestas de cobertura nacional, que aseguren que todas las regiones del país tengan al menos un Proyecto Técnico cumplido. Más aún, estima la actora que la posibilidad que consorcios de empresas que postulen conjuntamente al requerimiento de alcance nacional, contemplada en las bases como solución para que los operadores locales puedan presentar proyectos con esa cobertura, no es una alternativa viable, toda vez que los operadores con posición dominante no tendrían incentivos para asociarse con los operadores locales. De esta manera, estima la demandante que en caso de existir una postulación de tipo nacional, ésta sería favorecida con la asignación del subsidio, con prescindencia de cualquier otro tipo de consideraciones técnicas y económicas, en detrimento de las postulaciones zonales y regionales. Lo mismo sucedería en caso de ausencia de una propuesta nacional, respecto de las propuestas zonales en detrimento de las regionales.
- (iv) **Conducta Anticompetitiva:** El concurso hace posibles tanto la competencia desleal por oferta engañosa, como la predación de precios.

- a. En relación con la primera, la demandante señala que el adjudicatario podrá ofrecer a un precio muy inferior al que los operadores locales cobran por el servicio de Internet rural y urbano, no debiendo cumplir con la calidad ofertada, toda vez que, de acuerdo a las bases, para cumplir con su obligación –y recibir el subsidio y mantener la concesión-, sólo deben garantizar el 10% de la velocidad ofrecida. Conforme a ello, el concurso validaría la publicidad engañosa –consistente en ofrecer una velocidad determinada, garantizando sólo un 10% de ella- permitiendo a través de ella, que la adjudicataria le dispute los clientes a operadores locales preexistentes en la misma área, no pudiendo éstos usar esa misma herramienta, debido a que deberían cumplir con la velocidad ofrecida a sus usuarios. Esta situación se vería potenciada también por el mecanismo de selección del concurso.
- b. Por su parte, señala que la predación de precios se produciría por el hecho que la adjudicataria del concurso, que no solicitó subsidio pero sí recibiría las concesiones radioeléctricas, ha informado que invertirá 100 millones de dólares para otorgar el servicio a las más de 1.400 localidades. Señala que la concesión no le permitiría recuperar sus costos de inversión sino en varios años.
- (v) Fraude a la LGT: Al adjudicarse una frecuencia radioeléctrica por la vía de este concurso, en que en la práctica no se asignó subsidio, la adjudicataria y la SUBTEL habrían cometido fraude a la ley. Según la actora, el artículo 13 letra c de la LGT contempla el único mecanismo mediante el cual se pueden asignar este tipo de frecuencias; éste mecanismo contempla la posibilidad de que quienes tengan motivos para oponerse al otorgamiento de una concesión puedan hacerlo. De esta manera, dado que el Concurso no contempla una instancia para las oposiciones similar a la descrita, y al no observarse el procedimiento concursal previsto en la norma citada, se habría defraudado a la ley.

Teniendo presente que este supuesto fraude legal produciría efectos en los costos del desarrollo de una actividad económica, el demandante agrega que los órganos de defensa de la competencia nacionales han señalado que la H. Comisión Resolutiva ha señalado que estos casos constituyen, además, un atentado a la Libre Competencia en los términos previstos por el artículo 3° del D.L. 211.

- (vi) Petición: La demandante solicita se deje sin efecto el concurso y se permita realizar uno nuevo, contemplando únicamente zonas que carezcan de cobertura de proveedores del servicio.
12. En su contestación, la demandada, solicita que se deseche la demanda en todas sus partes, fundando su petición en los siguientes argumentos:
- (i) La demanda presentada por Marcom S.A., es patrocinada por el mismo abogado que la demanda presentada por la sociedad "Netland Chile S.A." bajo el Rol N° C-179-08, y que además reproduce argumentaciones y peticiones similares ésta.
  - (ii) Como antecedentes generales, señala que el objetivo del Concurso era proveer a determinadas localidades rurales de un servicio de acceso a Internet en condiciones de calidad y precio similares a las que existen en las capitales regionales.
  - (iii) Respecto de la legalidad del Concurso, señala que:
    - a. El Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad del concurso, conforme a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, 108° del código Orgánico de Tribunales y 1°, 2° y 5° del Decreto Ley N° 211.
    - b. Sin perjuicio de lo anterior, el Concurso es perfectamente legal al tenor del artículo 28° A de la LGT, toda vez que la finalidad del concurso no es únicamente la provisión del servicio en

localidades que actualmente carecen del mismo, sino también, establecer condiciones de conectividad similares o iguales entre los distintos sectores y comunidades de Chile. Para ello señala que el concepto “promover el aumento de la cobertura” debe interpretarse utilizando todo el contexto que da el propio artículo 28 de la LGT y todo el artículo 1° de las bases del Concurso, y no omitiendo voluntaria e intencionadamente los primeros párrafos del citado artículo 1°, como hace la demandante, lo cual le permite, mediante una lectura descontextualizada de parte del mismo darle un sentido meramente geográfico al objetivo del concurso. Agrega que conforme al Diccionario de la Real Academia Española, la expresión “aumentar” significa “Dar mayor extensión, número o materia a algo”, y que por su parte, “extender” se define como “Hacer que algo, aumentando su superficie, ocupe más lugar o espacio que el que antes ocupaba”. Por lo anterior, según la demandada, la expresión “aumento” del artículo 28° A de la LGT, tiene un “sentido incremental”, que acepta la preexistencia de una cierta cobertura, y que en este caso, el FDT contribuiría a acrecentar. Finalmente señala que si el legislador hubiese querido excluir aquellos sectores donde existe un operador que presta o puede prestar servicios de internet, habría usado expresiones como el “fomentar la creación o el comienzo de cobertura”, ya que éstas expresiones supondrían una etapa anterior donde la cobertura no existiese.

- c. Por último, en su operación práctica, el FDT ha incluido numerosos proyectos en los que no se ha exigido en absoluto la inexistencia total de oferta de los respectivos servicios de telecomunicaciones en las zonas y localidades favorecidas, situación que no ha sido objeto de cuestionamiento por autoridad judicial o administrativa alguna. A mayor abundamiento, agrega que este Concurso obedece al mandato legal establecido en la Ley de Presupuestos del año 2009 (Ley N° 20.314 del año 2008)



- (iv) Respecto de las barreras a la entrada, señala que no es efectivo que el concurso privilegie presentaciones nacionales. En efecto:
- a. La versión refundida y definitiva de las Bases, publicada en la página web de SUBTEL previo a la presentación de la demanda, incorporó el Anexo N° 15, el cual aclararía las alternativas de postulación, de manera tal de informar que todas las propuestas, ya sean Nacionales, Zonales o Regionales, serían consideradas en el concurso. En tal sentido, el propósito de esta modificación fue dejar claro que el concurso apunta a conseguir que todo el territorio nacional logre la cobertura del servicio que se licita, sea que ello se logre a través de postulaciones nacionales, regionales, zonales o una combinación de éstas.
  - b. No es real que se imponga un consorcio obligatorio, toda vez que el artículo 6 de la Bases Específicas señalan expresamente que si las proponente no desean realizar agrupación de redes, pueden presentar sus propuestas en forma regional.
  - c. Los criterios de desempate que establecen las bases -y que en opinión en la actora aseguran que fuera un agente de mercado con grandes recursos el que ganara- se encuentran expresamente contenidos en el artículo 28 letra F de la LGT
  - d. Así las cosas, el mercado relevante geográfico del servicio de acceso a internet no se encontraría limitado por el Concurso, sino que sería de carácter nacional, toda vez que se enmarca dentro del proyecto de infraestructura digital para la competitividad e innovación, cuyo objeto es otorgar cobertura nacional de tal servicio.
- (v) En cuanto a la conducta anticompetitiva de competencia desleal por oferta engañosa, señala que ésta no sería tal. Sostiene que la velocidad mínima garantizada a cumplir, establecida en las Bases Específicas, corresponde a valores típicos para este tipo de

prestaciones en zonas densamente pobladas. En tal sentido, señala que las redes de comunicaciones se diseñan de acuerdo a un modelo probabilístico para los momentos de mayor congestión, para lo cual establecen mínimos aceptables para estos momentos, de acuerdo a la demanda esperada. Por lo anterior, al establecerse una velocidad mínima en zonas de menor densidad poblacional, como sería las contempladas en este Concurso, se está estableciendo una correspondencia entre los estándares de calidad en servicios de internet de las grandes ciudades con la de las zonas rurales, permitiendo que aquellas puedan tener condiciones similares de acceso y calidad a las establecidas en las grandes urbes. Por otra parte, la velocidad mínima garantizada fue establecida previendo aquellos momentos en que se produzca el escenario de mayor congestión pronosticada, por lo que la denunciante no puede suponer que dicha velocidad constituirá una constante del servicio que prestará la adjudicataria, sobre todo si se considera la escasa densidad poblacional de las zonas donde llegará el proyecto.

- (vi) Respecto de la predación de precios, señala que:
- a. La actora no se hace cargo de los elementos típicos que requiere la conducta de la que acusa a la SUBTEL. En efecto, no señala la forma en que la demandada cumpliría con tales requisitos.
  - b. La demandante basa el posible actuar predatorio futuro de la empresa adjudicataria sólo en los niveles de su inversión privada y no en un subsidio público, estableciendo éste antecedente como base para imputar tal hipotética conducta a la demandada, lo cual, en opinión de la demandada carece de toda lógica y prolijidad argumentativa, toda vez que ésta no tendría participación en las decisiones de inversión de la empresa adjudicataria, ni en su actuar futuro.
  - c. No advierte la manera en que la demandada, como autoridad pública puede ser acusada de una práctica predatoria por cuanto

no es una actividad entregada a ella la explotación de Iso servicios de telecomunicaciones.

- d. No se observa la razón por la cual deba entenderse que los precios que cobra Marcom S.A. deban ser considerados como los precios eficientes u óptimos de mercado, de manera tal de considerar que cualquier venta del servicio a un precio menor a éstos pueda entenderse como una venta bajo los costos variables promedio.
  - e. Tampoco se observaría la posibilidad que la empresa adjudicataria, en el supuesto de cobrar precios bajo costo variable promedio, pueda recuperar o reversar sus pérdidas, basada en ganancias extranormales, luego de los 10 años que, conforme a las Bases, ésta debe mantener el precio considerado predatorio.
  - f. A mayor abundamiento, señala que, atendido a que la adjudicataria no requirió subsidio alguno y teniendo presente la extensión del plazo que se contempla para el cumplimiento de la obligación de servicio, es forzoso concluir que la tarifa que cobrará la empresa adjudicataria del proyecto corresponde a un precio sustentable.
- (vii) Finalmente, en cuanto al fraude a la ley, la demandada señala que no es efectivo que el uso temporal de las frecuencias del espectro radioeléctrico en todos los servicios de telecomunicaciones que requieren de su empleo, se otorguen en nuestro ordenamiento conforme al mecanismo de la competencia concursal establecido por el artículo 13° C de la LGT, sino que uso de estas frecuencias se otorga por el Estado a través de concesiones y permisos. Respecto de servicios de telecomunicaciones de libre recepción o radiodifusión, las concesiones se otorgan siempre por concurso público, conforme a lo establecido en el Artículo 13° de la LGT. La citada letra c del artículo 13 de la LGT, contemplaría, según la actora, sólo una solución

excepcional de asignación de autorizaciones para los casos expresamente previstos en el mismo, situación que no tendría relación ni aplicación a la asignación de una frecuencia prevista en las bases de un Concurso del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

13. Con fecha 17 de junio de 2009, ese H. Tribunal recibió la causa a prueba, fijando como hecho substancial, pertinente y controvertido, la estructura y características del o los mercados en los que incide el concurso público para la asignación del proyecto FDT-2008-04: "Infraestructura Digital para la Competitividad y la Innovación y sus Respectivo(s) Subsidio(s)" efectos que producirían los términos y condiciones de dicho concurso en el o los mismos.
14. Con fecha 25 de junio de 2009, considerando la tramitación paralela, el hecho que se impugnara el mismo Concurso, la identidad de causa de pedir, y la concurrencia de los demás requisitos legales, ese H. Tribunal resolvió acumular a la Causa Rol C N° 179-08, la demanda de Marcom Limitada contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Rol C N° 188-09.
15. Finalmente, y como se señaló, mediante Ord. N° 292, de 25 de agosto de 2009, se comunicó a esta Fiscalía la resolución recaída en autos, rolante a fojas 1108, mediante la cual se le ordenó complementar, en caso de estimarlo procedente, el informe evacuado con fecha 12 de marzo de 2009 y que rola a fojas 292, habida cuenta de los nuevos antecedentes allegados al proceso, con posterioridad al mismo.

## II. ANÁLISIS AL TENOR DE LOS NUEVOS ANTECEDENTES QUE OBRAN EN AUTOS

### II.1. Demanda de Marcom y contestación de SUBTEL

16. Los aspectos abordados por la demandante y la demandada se refieren básicamente a una supuesta ilegalidad del Concurso y un eventual fraude a la LGT, a la imposición de barreras administrativas a la entrada a los pequeños operadores y a la participación de SUBTEL, a través del concurso, en las conductas anticompetitivas de competencia desleal por oferta engañosa y de predación de precios.
17. En relación con la supuesta ilegalidad del Concurso, fundada en la correspondiente interpretación que la actora realiza de la LGT y de las Bases del Concurso, en particular del concepto “cobertura”, esta Fiscalía estima pertinente señalar lo siguiente:
- (i) El concepto “promover el aumento de la cobertura” contemplado en las Bases Específicas del Concurso Público para la Asignación del Proyecto denominado “Infraestructura Digital para la Competitividad y la Innovación y su respectivo subsidio correspondiente al programa anual de proyectos subsidiables del año 2008 del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones” es un concepto de carácter técnico que incide en la interpretación de la normativa legal y reglamentaria que rigen las telecomunicaciones.
  - (ii) Conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 6° de la LGT, si bien la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, es materia de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, ésta facultad se ejerce sin perjuicio de las facultades de ese H. Tribunal,<sup>5</sup> el cual, conforme al

---

<sup>5</sup> Ley N° 18.168 Artículo 6° inciso 2°: “Le competará además, exclusivamente, la interpretación técnica de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades propias de los tribunales de justicia y de los organismos especiales creados por el decreto ley N° 211, de 1973.”

artículo 5° del DL 211, tiene por función “prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.”, debiendo, en particular, conocer de las infracciones a ésta, que le presenten particulares o esta Fiscalía,<sup>6</sup> mediante el procedimiento consagrado en los artículos 19 y siguientes del DL 211.

- (iii) Lo anterior ha sido ratificado por los órganos de defensa la libre competencia, los cuales se han considerado competentes para conocer y resolver tales infracciones, sin perjuicio de las facultades de otras autoridades u órganos jurisdiccionales.<sup>7</sup>
  - (iv) Por lo anterior, si bien es efectivo que es la SUBTEL la que debe señalar el sentido y alcance del concepto ya señalado, ese H. Tribunal puede entrar a conocer del mismo, en cuanto dicha interpretación pueda afectar la libre competencia.
18. En relación con la descripción de la industria y barreras a la entrada de este mercado, se estima suficiente lo ya señalado en el informe de fecha 12 de marzo de 2009, presentado por esta Fiscalía ante ese H. Tribunal.
19. Respecto de la conducta de competencia desleal por oferta engañosa, cabe señalar lo siguiente:
- (i) Como ha sostenido la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, la licitud de la competencia, dada por la sana búsqueda de las empresas por conquistar la mayor proporción del mercado en que participan, puede verse alterada cuando la búsqueda de la preferencia de los demandantes se aparte de la buena fe o las buenas costumbres comerciales, como sucede en la competencia desleal.

---

<sup>6</sup> Artículo 18 N° 1 DL 211.

<sup>7</sup> Resolución N°731/2004 de la Comisión Resolutiva: “Considerando Segundo: Que al tenor de la legislación que protege la libre competencia y la jurisprudencia de las comisiones antimonopólicas, no cabe duda que los organismos encargados de su defensa siempre se han considerado competentes para conocer y resolver situaciones que afecten la competencia, independientemente de lo que otras autoridades administrativas o judiciales puedan haber resuelto sobre los mismos hechos.”

- (ii) A fin de proteger esa buena fe y buenas costumbres comerciales, nuestro ordenamiento jurídico contempla una normativa especial que define, regula y sanciona la competencia desleal. Efectivamente, el artículo 3° de la Ley N° 20.169 define lo que se entiende por tal, mediante un concepto general y lo complementa con una enumeración no taxativa de prácticas que per se son consideradas como desleales. El concepto general señala que “es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado”. Seguidamente, dentro del listado de conductas que constituyen de suyo prácticas de competencia desleal se contemplan aquellos casos que podemos agrupar dentro del concepto publicidad engañosa, contenida en el artículo 4 letra b): “El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.”
- (iii) Las autoridades de libre competencia, históricamente han destacado la importancia de la publicidad en materia de competencia. En efecto, en reiteradas oportunidades<sup>8</sup> han señalado que la publicidad es útil para la libre competencia, pues contribuye a la transparencia del mercado; es beneficiosa para el consumidor, en cuanto lo informa sobre las cualidades de determinados productos; y, además, permite que un producto nuevo pueda penetrar en un mercado donde existen productores ya establecidos, de mercaderías similares, que tienen prestigio consolidado. Sin embargo, han sostenido que para que esa publicidad esté de acuerdo con las normas sobre libre competencia es necesario que ella sea veraz, objetiva y demostrable. En efecto, conforme a lo señalado por ese H. Tribunal, “...una condición

---

<sup>8</sup> Dictámenes de la Comisión Preventiva Central N° 599 de 1987, N° 883 de 1993, N° 925 de 1995, 1039 de 1998, entre otros.

necesaria para que la publicidad sea engañosa es que las afirmaciones que en ella se realicen sean, por un lado, plausibles y, por el otro, de difícil verificación por parte del consumidor.”<sup>9</sup>

- (iv) Ahora bien, esta conducta pasa a ser anticompetitiva cuando, junto con establecerse la existencia de actos de competencia desleal, dichos actos son realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante correspondiente, tal como lo señala el artículo 3, letra c) del Decreto Ley N° 211.
- (v) En efecto, nuestro H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha fallado de manera reiterada en tal sentido, que para que pueda configurarse la competencia desleal por publicidad engañosa como conducta anticompetitiva, deben concurrir copulativamente las condiciones de existir un acto de competencia desleal y que dichos actos tengan por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.<sup>10</sup>
- (vi) De acuerdo a lo anterior, para determinar si la conducta denunciada es anticompetitiva, deben determinarse la existencia de publicidad no veraz o engañosa y, conjuntamente, si éstas podrían ser o no realizadas con la intención de proporcionar a la denunciada o la empresa adjudicataria del Concurso, una posición dominante en el mercado relevante respectivo. Para lo anterior, resulta necesario entonces definir el mercado relevante en que se desarrollan los actos

---

<sup>9</sup> Considerando Séptimo de Sentencia 12/2004, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

<sup>10</sup> Sentencia 12/2004, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: “Séptimo.- Que, a juicio de este Tribunal, una propaganda es contraria a la libre competencia cuando es engañosa -sea o no comparativa- y resulta idónea para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante...”

Sentencia 17/2005, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: “Quinto.- Que, por consiguiente, para configurar la infracción denunciada deben establecerse dos condiciones copulativas, a saber: en primer término, que se hayan realizado actos de competencia desleal y, en segundo lugar, que dichos actos tengan por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. (...) Séptimo.- “(...) una campaña publicitaria es contraria a la libre competencia cuando, siendo o no comparativa, es engañosa y, copulativamente, tiene por objeto o efecto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Esta idoneidad, además, debe ser debidamente acreditada en un proceso seguido ante este Tribunal para que un acto pueda ser sancionado conforme a derecho.”



denunciados para, con posterioridad, determinar si es factible, a través de ellos, alcanzar el poder de mercado requerido para configurar la conducta imputada.

- (vii) En el caso en cuestión, el potencial entrante carece a la fecha de una posición de dominio y no ha efectuado publicidad de sus servicios, supuestos básicos de la conducta en cuestión. En todo caso, cabe tener presente que la sola circunstancia de que la velocidad mínima garantizada pueda alcanzar un 10% de la velocidad comprometida no constituye, por si sola, publicidad engañosa, debiendo analizarse los términos y condiciones en que la misma sea efectuada.

20. Respecto de la conducta de predación de precios, cabe hacer presente que, de acuerdo a lo señalado en el Considerando Noveno de la Sentencia N° 72 de 2008, "para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de los requisitos copulativos, a saber, que la parte demandada haya gozado de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por cambios en los volúmenes de oferta relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria"<sup>11</sup>
21. Este criterio fue nuevamente recogido en la Sentencia N° 78, en la cual ese H. Tribunal señaló que "para determinar si una conducta es o no constitutiva de una práctica de precios predatorios, se requiere acreditar la existencia de dos requisitos copulativos, a saber, (i) que la parte demandada cuente con suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma

---

<sup>11</sup> Este criterio ya había sido señalado por la Comisión Resolutiva en su Resolución N° 642/2002: "UNDECIMO: Que para que se configure una conducta predatoria es necesario además que exista una intención de expulsar a los competidores del mercado, lo que en este caso no se ha acreditado puesto que Kemifar se adjudicó algunas de las premezclas. Adicionalmente, es necesario que no puedan entrar nuevos competidores, por las barreras a la entrada que puedan existir en el mercado, lo que tampoco ocurre en este caso;"

tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo; y (ii) que la parte demandada efectivamente haya ofertado sus bienes o servicios por debajo de los costos evitables de proveerlos, durante un período de tiempo tal que le haya permitido desplazar a sus competidores, entendiendo como costos evitables aquellos que se ven directamente afectados por los cambios en los volúmenes de oferta, o en la calidad del servicio ofrecido, relacionados con la estrategia denunciada como práctica predatoria”.

22. En esa misma sentencia, se señala que “(e)ste criterio ha sido ampliamente reconocido y aplicado, como es el caso del Competition Bureau de Canadá, que en su *‘Enforcement Guideline regarding Predatory Pricing’* define ‘costos evitables’ como *‘todos aquellos costos que pueden ser evitados por una firma, si hubiera decidido no vender el o los productos en cuestión durante el período de tiempo en que se aplicó la política [de precios predatorios] (...) Los costos evitables incluyen los costos variables y algunos costos fijos (que son específicos al producto), pero no incluyen los costos hundidos’*;
23. Lo anterior es acorde con lo expuesto por la teoría económica<sup>12</sup>, la doctrina nacional<sup>13</sup> y extranjera<sup>14</sup> y el derecho comparado.<sup>15</sup>
24. Según se consignó en el numeral vii) del párrafo 19, el potencial entrante carece a la fecha de una posición de dominio, por lo que no concurre uno de los supuesto básicos de la conducta que motiva la demanda de autos.

---

<sup>12</sup> Para que la conducta de precios predatorios sea económicamente racional, es necesario que las empresas puedan recuperar, en el mediano o largo plazo, las pérdidas en las que incurren por cobrar bajo costo. La recuperación de beneficios requiere, por lo tanto, poder cobrar de precios mayores a los competitivos. De otro modo, la estrategia de preda es estrictamente dominada a la de no preda. Para una revisión de la literatura de precios predatorios, ver Motta, M. “Competition Policy, Theory and Practice”, Cambridge University Press, 2004

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, Domingo Valdés Prieto, en *“Libre Competencia y Monopolio”*, página 579 y sgtes. Editorial Jurídica, Chile, 2006; También María Elina Cruz, en *“Precios predatorios y libre competencia”*, página 104. Artículo publicado en “Revista Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia” N° 2, Legis, Chile, Agosto 2007

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Germán Coloma, en “Defensa de la Competencia”, página 140 y sgtes., Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura, Bs.As. Argentina, 2003. También, Bolton, Patrick, Joseph Brodley, and Michael Riordan. 2000. *“Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”* 88 Georgetown Law Journal 223.

<sup>15</sup> Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio 475 U. S. 574 (1986), en el numeral 589: “The success of any predatory scheme depends on *maintaining* monopoly power for long enough both to recoup the predator’s losses and to harvest some additional gain.” El énfasis es del original. [http://www.chanrobles.com/usa/us\\_supremecourt/475/574/case.php](http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/475/574/case.php)

25. Finalmente, y en relación con ambas conductas, vale decir, competencia desleal y precios predatorios, las partes discuten si SUBTEL puede ser, en calidad de autor o facilitador, sujeto activo de las mismas. Al respecto, cabe consignar:

- (i) En primer término, el artículo 3 del DL 211, inicia la descripción del injusto anticompetitivo con la fórmula “El que...”, situación que permite entender que no importa la identidad o naturaleza del sujeto activo de la conducta. En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el Estado cuando actúa como agente del mercado, está sometido a las mismas normas de competencia que los particulares.
- (ii) Sin embargo, surge la duda si la autoridad pública, actuando en el ejercicio de sus potestades, debe cumplir o no con las normas del DL 211, promoviendo la libre competencia, o al menos, no atentando contra ella. Sobre el particular, una incipiente jurisprudencia da cuenta de la obligación de la autoridad pública de respetar las normas de libre competencia en el ejercicio de sus potestades.<sup>16 17</sup> Esta interpretación encuentra fundamento en el artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República (CPR), que dispone que “el Estado y sus órganos no pueden discriminar arbitrariamente en el trato que brindan en materia económica”. Desde esta perspectiva, el mero hecho de contar con personalidad de derecho público no es razón para sustraer a los órganos del Estado de la normas de libre competencia.
- (iii) Por su parte, el artículo 4 del DL 211, reza que “No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice.” La historia fidedigna de este artículo muestra que su

---

<sup>16</sup> Resolución N° 239 (1986), vistos 7 letra b y Declaración N° 2 (Comisión Resolutiva), en relación con Acuerdos emanados del Comité Ejecutivo del Banco Central, que al establecer y regular el Sistema de Financiamiento Complementario para la Adquisición de Viviendas Terminadas, establecían discriminaciones arbitrarias.

<sup>17</sup> Sentencia 17/2005, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: “Decimocuarto.- Que, en otro orden de cosas, cabe hacer presente que nuestro ordenamiento jurídico ha encomendado a este Tribunal el resguardo de la libre competencia en los mercados. En cumplimiento de este mandato legal, este sentenciador considera necesario advertir que las conductas desplegadas por el Instituto de Salud Pública de Chile en los acontecimientos que motivaron este proceso es merecedora de las observaciones que se desarrollarán a continuación.”

génesis se encuentra en el artículo 172 de la Ley N° 13.305<sup>18</sup>. Por su parte, la historia de la Ley N° 13.305 muestra que, al redactar la norma el legislador, tenía en mente una estructura amplia de monopolio, comprensible de una serie de conductas atentatorias contra la libre competencia, asimilando dicho concepto a las conductas descritas en el tipo penal establecido en su artículo 173 (posteriores artículo 1° y 2° del Decreto Ley N° 211).<sup>19 20</sup>

- (iv) De acuerdo a todo lo expuesto, aparece de toda lógica que en esta materia SUBTEL debe dar cumplimiento a la normativa de competencia, pudiendo por tanto ser sujeto activo de una acción anticompetitiva.
- (v) Ahora bien, y según ya se ha señalado, uno de los requisitos de las conductas referidas, es que quien las ejecute cuente con posición de dominio, circunstancia que no ocurre respecto de la SUBTEL, pues efectivamente no participa en el mercado como actor, sin perjuicio de

---

<sup>18</sup> El artículo 172 de la Ley N° 13.305 establecía que “no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales”.

<sup>19</sup> El artículo 173 de la Ley N° 13.305: “Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores”.

<sup>20</sup> En la Sesión 36ª de fecha 4 de febrero de 1959, el Diputado Donoso, refiriéndose al artículo que establecía el tipo penal, señaló: “El artículo 173 es claro. Se refiere a cada caso concreto de actos que tiendan a impedir la libre competencia en el país, como son los convenios para la fijación de precios o reparto de cuotas de producción, transporte o distribución o de zonas de mercado, las negociaciones o asociaciones destinados a obtener reducciones o paralizaciones de producción; o sea, se señala cada caso concreto, en forma precisa. **Es decir, está determinando cada hecho que constituye un monopolio**”. En la Sesión 28ª, el Senador Quintero, de fecha 12 de marzo de 1959 señaló respecto al artículo 174 –el cual permitía al Presidente de la República autorizar ciertos actos o contratos prohibidos en el artículo 173–, que: “**Las disposiciones que preceden prohíben monopolios, y en seguida, en contradicción evidente con ese propósito de los artículos precedentes, aquí se autoriza al Presidente de la República para, por simple decreto, mantener monopolios ya existentes o autorizar nuevos**”. Por último, en la Sesión 45ª de fecha 18 de marzo de 1959, el Ministro de Justicia de la época, señor Philippi, señaló que: “Si se analizan las primeras disposiciones de este Título, se podrá comprobar que la primera norma, el nuevo artículo 172, prohíbe otorgar a los particulares la concesión de ningún monopolio y la segunda norma del mismo señala que sólo por ley podrá reservarse al sector público el monopolio de determinadas actividades. **Además, el artículo 173, pena los contratos que tiendan a establecer monopolios**” Historia de la Ley N° 13.305, Tomo III, pág. 2.348; Tomo VII, pág. 3.096; y Tomo V, pág. 1.346, respectivamente.

su eventual responsabilidad como regulador, en la determinación de los términos del concurso y su ejecución.

## **II.2. Análisis del Concurso Infraestructura Digital para la Competitividad y la Innovación**

26. De acuerdo a lo expuesto anteriormente, corresponde analizar si, tal y como señalan las demandantes, las tarifas de prestación de servicio de acceso a internet de banda ancha contempladas en concurso, pueden estimarse predatorias. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía expondrá sus opiniones sobre todos los aspectos del concurso, y en particular sobre las concesiones de servicios intermedios que éste contempla.
27. Sobre los precios predatorios, tradicionalmente las metodologías de análisis económico<sup>21</sup> recomendadas a las agencias de competencia, así como la jurisprudencia de ese H. Tribunal antes descrita, sugieren que se verifiquen las siguientes condiciones necesarias para esta conducta: (a) el sacrificio de beneficios de corto plazo<sup>22</sup>, y (b) la capacidad de incrementar estos beneficios en el largo plazo, a través del ejercicio del poder de mercado, una vez que la “predación” haya resultado exitosa. La incapacidad de la empresa, o agente económico, de satisfacer esta segunda condición, es argumento suficiente para desestimar la hipótesis de precios predatorios.
28. Dado que se establece en las mismas bases del concurso la tarifa de venta de servicios de acceso a internet a público final - la cual además se mantendrá regulada durante todo el período de concesión - , no se visualiza el riesgo de que la adjudicataria aumentara el precio en el futuro, con el objetivo de recuperar pérdidas en el largo plazo.
29. De ser cierto que las tarifas establecidas por la SUBTEL en las bases del concurso no financian al menos los costos medios variables, cualquier

---

<sup>21</sup> Motta, M.; “Competition Policy, Theory and Practice”, Cambridge University Press, 2004.

<sup>22</sup> Si bien en la teoría económica existe discusión sobre los costos a considerar (Motta, 2004); las recomendaciones para las agencias de competencia de la International Competition Network se orientan al uso del Costo Medio Evitable (Report On Predatory Pricing, International Competition Network, 2008).

- consideración anticompetitiva debiera analizarse, por lo tanto, desde la óptica de subsidios cruzados - desde localidades con tarifas reguladas hacia otros mercados más rentables, como zonas aledañas no comprendidas en las bases del concurso, donde la concesionaria también puede dar cobertura con tarifas libres.
30. No obstante lo anterior, los potenciales daños a la competencia que preocupan a esta Fiscalía tienen relación con la concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones. Al respecto, según ha señalado la SUBTEL a esta Fiscalía<sup>23</sup>, las bases del concurso imponen dos obligaciones en relación con el servicio intermedio de telecomunicaciones.
31. La primera de estas obligaciones se vincula con las extensiones de fibra óptica en las regiones de O'Higgins, Bio Bio y Aysén, así como de forma opcional en las regiones de Arica Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, Maule, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos. En todas las extensiones de fibra óptica, la concesionaria deberá dar acceso en todos sus Nodos de forma transparente y no discriminatoria. Para el servicio intermedio en los nodos de la fibra óptica, se contempla una oferta de facilidades durante un período de 10 años, los que se contarán desde que hace efectiva la obligación de servicio. A juicio de esta Fiscalía, es recomendable que este servicio intermedio de telecomunicaciones reciba el tratamiento de instalación esencial, por cuanto:
- (i) Es importante aclarar que, si bien la fibra óptica hasta el hogar (FTTH) puede proveer velocidades de conexión mucho mayores que otras tecnologías (hasta 1Gbit/s con la tecnología actual), para el usuario final una conexión con fibra óptica no necesariamente es mejor que conectarse a otras redes, pues existen otras variables competitivas<sup>24</sup>. Aún así, la fibra óptica sigue siendo una tecnología superior y sería

---

<sup>23</sup> Respuesta a Oficio Res. N° 2.390 de la Fiscalía Nacional Económica.

<sup>24</sup> E.g. *throttling* del proveedor de banda ancha que limitan la velocidad de subida/bajada por razones de seguridad de la red; aplicaciones que restrinjan el principio de neutralidad de la red; latencia garantizada (en milisegundos) para aplicaciones como VoIP o VPN; tiempo de recuperación de servicio en caso de corte eléctrico, etc.

extremadamente costosa de replicar por parte de un competidor, atendido el tamaño de la demanda en zonas rurales.

- (ii) El concurso indica una ampliación de la red de fibra óptica a un nodo (FTTN), desde el cual los usuarios se conectan usando infraestructura coaxial o par de cobre disponible. Este servicio de "última milla" con par de cobre o cable coaxial suele limitar la velocidad de acceso comparada con una conexión FTTH, sin embargo supone un importante ahorro de costos para desplegar el cableado desde la fibra óptica. La conexión de "última milla"<sup>25</sup> podrán realizarla distintos competidores, actuales y potenciales, que ya dispongan de - o estén dispuestos a invertir en - cable coaxial, par de cobre o fibra óptica en estas zonas. Lo anterior permite la generación de un mercado potencialmente competitivo en la última milla, que utilizará la fibra óptica hasta el nodo como una facilidad esencial para el envío y recepción de los datos del usuario final.
  - (iii) Aún concediendo que el despliegue de la fibra óptica, superior en velocidad a otras tecnologías para el acceso a internet, no necesariamente se traduce en un mejor servicio para el usuario; y considerando además las características de densidad poblacional de las zonas que abarca el concurso; resulta poco probable que para un competidor sea económicamente viable el despliegue de una red paralela de similares características.
32. Al respecto, cabe señalar que mediante Reservado N°37/FDT 159 de 29 de Septiembre de 2009 de Subsecretario de Telecomunicaciones, esa autoridad, da cuenta que los Decretos N° 79 a 93 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 12 de julio de 2009, donde consta la obligación de tarificación y publicidad, se encuentran en trámite de Toma de Razón ante la Contraloría General de la República, con fecha 17 de junio de 2009.

---

<sup>25</sup> Conexión que va desde el nodo terminal del cable de fibra óptica hasta el hogar o empresa usuario final.

Esta Fiscalía no cuenta con antecedentes para evaluar si tales tarifas son o no abusivas, adecuadas desde un punto de vista de eficiencia, y permiten el desarrollo de mercados potencialmente competitivos en la última milla. Sin embargo, se debe señalar que, puesto que los precios del acceso a dichos nodos no fueron en sí una variable de decisión para la adjudicación del concurso, éstos no son necesariamente el resultado de un proceso competitivo.

33. La segunda obligación de servicios intermedios de telecomunicaciones guarda relación con las concesiones sobre el uso del espectro radioeléctrico, y en particular en la banda de 2.300 MHz, solicitada por la adjudicataria del concurso, para el despliegue de tecnología Wimax para la conexión de banda ancha a internet. Las concesiones de servicios intermedios dan un acceso abierto y no discriminatorio para la comercialización de servicios de internet (ISP). Cabe mencionar que las regulaciones que afectan esta banda de frecuencia únicamente norman aspectos técnicos para el uso de la misma<sup>26</sup>. Al respecto, si bien a juicio de esta Fiscalía un modelo más competitivo desagrega la red a nivel de *backhaul* (con acceso debidamente regulado), en el corto plazo, parece recomendable que la SUBTEL licite los otros dos bloques disponibles en las frecuencias 2.300-2.400 MHz, a fin de evitar un exceso de concentración en este mercado, a la espera que tecnologías cercanamente sustitutas, tales como 3G, alcancen mayor penetración.
34. Finalmente, es importante señalar que la tarificación del servicio al usuario final de banda ancha, contemplado en el concurso, es sólo para las localidades estipuladas en las bases. Para las localidades cercanas, que no aparecen en las bases del concurso, y sobre las cuales es probable que la adjudicataria también tenga cobertura - o pueda tenerla a un bajo costo debido a la cercanía -, prima el principio de libertad tarifaria. Debido a esta situación, esta Fiscalía vuelve a recomendar que SUBTEL licite a la brevedad los bloques de frecuencias disponibles en la banda 2.300-2.400

---

<sup>26</sup> Resoluciones Exentas N° 266, 24 de marzo de 2008 y N° 1.309, 15 de noviembre de 2008; Subsecretaría de Telecomunicaciones.



MHz, explicadas en el párrafo anterior, con el fin de promover la competencia con tecnologías similares.

## II.2. Resultado del Concurso y Subsidios

35. Tal y como señalan los antecedentes y sus respectivas bases, el concurso se diseñó para que se lo adjudicara la empresa cuya propuesta demandara el menor subsidio estatal con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Así, las propuestas de subsidio de los concursantes se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 1: Resultados del Concurso Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación

<b>Consorcio o Empresa</b>	<b>Subsidio de la Propuesta</b>
Inverca Telecomunicaciones S.A.	\$0
Consorcio Entel	\$22.567.657.675
Consorcio Intertel S.A./Telefónica Larga Distancia S.A.	\$28.150.000.000
Comunicación y Telefonía Rural S.A.	\$31.088.099.858

Fuente: Subsecretaría de Telecomunicaciones

36. Dadas las propuestas, el concurso se adjudicó a la empresa Inverca Telecomunicaciones S.A., la cual se compromete a realizar las inversiones que estipulan las bases, así como a explotar los servicios de acceso a internet de banda ancha y servicios intermedios, sin recibir subsidio estatal alguno. Para la implementación de estos servicios, Subtel le otorgó en concesión el uso de la frecuencia del espectro radioeléctrico utilizada para el despliegue de tecnologías Wimax.
37. La inexistencia de subsidios directos a la oferta hace desaparecer los efectos distorsionantes explicados por esta Fiscalía en los párrafos 46 y 48 de su informe de 12 de marzo de 2009. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía mantiene sus sugerencias sobre la necesidad de regular eficientemente el acceso de facilidades en la red de fibra óptica, en menor medida la conveniencia de desagregar la red inalámbrica a nivel de

*backhaul*, y la importancia de promover la competencia en las bandas 2.300-2.400 MHz del espectro radioeléctrico.

38. Conforme a lo señalado, y sin perjuicio de lo que ese H. Tribunal resuelva en definitiva y de las medidas que decida aplicar, esta Fiscalía recomienda se tenga en cuenta las sugerencias expuestas, en cuanto a los resultados del Concurso Público para la Asignación del Proyecto Infraestructura Digital para la Competitividad e Innovación y su respectivo Subsidio correspondiente al Programa Anual de Proyectos Subsidiables del año 2008 del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, así como la demanda formulada ante el H. Tribunal por Marcom Limitada en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Es cuanto puedo informar a ese H. Tribunal.

**POR LO TANTO**, en consideración a lo expuesto y a lo dispuesto en el artículo 39 letra e), del Decreto Ley N° 211.

**A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO:**, Tener por evacuado el informe solicitado, en los términos expuestos.

