

Santiago, quince de julio de dos mil once.

Vistos:

En estos autos rol N° 9265-2010 se ha deducido recurso de reclamación por las demandantes Netland Chile S.A. y Marcom Ltda. en contra de la sentencia N° 105/2010, de 22 de octubre de 2010, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que rechazó las demandas deducidas por dichas reclamantes en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin costas.

El recurso de reclamación se apoya en los siguientes fundamentos:

1.- Del análisis que realiza la sentencia impugnada se desprende que el diseño de las bases del concurso “Infraestructura digital para la competitividad e innovación y sus respectivos subsidios” tiene graves efectos anticompetitivos. Así, el considerando centésimo segundo declara que “el subsidio analizado en autos constituye, entonces, a juicio de este Tribunal, una discriminación arbitraria que tiene efectos anticompetitivos”.

2.- No obstante lo concluido en dicho considerando, el tribunal estimó que no existen antecedentes suficientes que permitan tener por acreditado que las actuaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones eran injustificadas, ello en el contexto de las disposiciones legales que fundamentaron tales actuaciones, considerando el objetivo de cobertura nacional perseguido por la autoridad y la restricción presupuestaria existente.

3.- La sentencia señala que con el objeto de reducir los riesgos ocasionados a la libre competencia por el sistema vigente de subsidios establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y la forma en que éstos se adjudican, en el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del D.L. 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.

4.- El recurso hace presente que los razonamientos del fallo aludidos constituyen un error de derecho, porque ninguna ley puede interpretarse de modo que se concluya que aunque se afecte o impida la libre competencia, nada se puede hacer para corregirlo porque es ley.

5.- Por otra parte, asevera que no existe incoherencia entre la Ley General de Telecomunicaciones y el D.L. N° 211, pues la ley hay que entenderla sistemáticamente. Expone que la Ley N° 18.168 sólo considera la existencia de

subsidios para aquellos casos en que el mercado no ha sido capaz de proveer los servicios requeridos.

6.- Concluye que el Ministerio aludido quebrantó el principio de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, sin que sea aceptable permitir que el ilícito anticompetitivo se mantenga porque “su fuente es legal”.

7.- Destaca que el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones nació con las reformas a la Ley N° 18.168 en 1994 como un mecanismo de subsidio a la oferta para proveer servicios de telecomunicaciones donde el mercado por sí mismo iba a ser incapaz de ofrecerlos. Sin embargo, continúan las reclamantes, las empresas privadas tradicionales tampoco tuvieron mayor interés por proveer servicio de acceso a internet en zonas rurales y esa falta de interés motivó que diversas empresas pequeñas, como las actoras, desarrollasen soluciones para proveer ese servicio en zonas rurales.

8.- Así, sostienen que el mecanismo de subsidio a la oferta favorece por igual a personas que pueden pagar y a personas que no pueden pagar, lo que además de eliminar la competencia, es una forma ineficiente y regresiva de asignar recursos públicos. Aseguran que lo anterior no habría ocurrido si el subsidio se hubiese otorgado a la demanda, esto es sólo a aquellas personas que no podían pagar los precios de mercado del servicio de acceso a internet en zonas rurales, aunque es efectivo que el texto actual de la ley no contempla tal posibilidad para el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

9.- Agregan que se demostró que el concurso de marras excedió el objeto que el artículo 28 A de la Ley N° 18.168 establece para los recursos del referido Fondo, consistente en “promover el aumento de la 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”.

10.- Los recurrentes analizan la expresión “aumento de la cobertura” que emplea el citado artículo, para concluir que el concepto legal de la voz “cobertura”, con arreglo a los elementos gramatical, lógico y sistemático y al concepto administrativo utilizado en las propias bases del concurso, responde a una noción geográfica y que por tanto aumentar la cobertura consiste en aumentar el área o espacio en que se presta un determinado servicio de telecomunicaciones. Por tal motivo, alega que es ilegal aplicar los recursos del referido Fondo para subsidiar a un operador en localidades que ya estaban cubiertas por otros operadores que no reciben subsidios.

11.- Propugnan que el fallo incurre en una nueva contradicción al sostener que si bien no se produjo el atentado a la libre competencia denominado “precio

predatorio”, sí se configura otro atentado de carácter innominado, según se lee en los considerandos nonagésimo, nonagésimo primero y nonagésimo tercero. Aseveran que en cualquier caso, dado que el subsidio considerado es un subsidio a la oferta, con independencia de los fines sociales que se persigan, los órganos públicos deben diseñar las licitaciones y concursos públicos teniendo especial cuidado de que el subsidio a la oferta no resulte anticompetitivo. Indica que la propia Ley N° 18.168 señala en su artículo 6 que las actuaciones deben realizarse respetando las normas de defensa de la libre competencia.

12.- Concluyen que la contradicción de la sentencia es evidente, desde que describe afectaciones reales y esperables de la competencia, cuyo origen atribuye a las bases del concurso y, sin embargo, se inhibe de hacer lo que la ley le mandata, esto es acoger las demandas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que es necesario señalar que la controversia dice relación con el diseño de las bases del concurso público denominado “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”.

El objeto del concurso consiste en la provisión del servicio de transmisión de datos por acceso a internet de banda ancha, con las siguientes características: 1Mb de velocidad, tasa de agregación de uno a diez y con un precio máximo de \$ 15.000 mensuales IVA incluido. Adicionalmente el concurso especifica el deber de ofrecer servicios intermedios de telecomunicaciones.

Segundo: Que de acuerdo al mérito de los antecedentes aportados por la reclamada se estableció que el proyecto concursado tiene por finalidad generar una oferta de servicios públicos de transmisión de datos en 1.474 localidades rurales del país. Se pretende lograr, a modo de ejemplo, las siguientes funcionalidades: navegación en la web, servicio de transacciones de alta prioridad (comercio electrónico) y baja prioridad, telemetría, juegos interactivos, correo electrónico, etc.

Tercero: Que el aludido concurso se encuentra regulado por la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones y por las bases del mismo. Asimismo, encuentra fundamento en la Ley N° 20.314 de 2008, que aprueba el presupuesto nacional para el año 2008, que autorizó comprometer hasta treinta y cinco mil millones de pesos en el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones 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 de todos los Gobiernos Regionales. Con arreglo al mérito de los antecedentes aparece que el concurso cuestionado comprometió la suma de \$ 22.567.657.675.

Cuarto: Que es menester señalar que las conductas que, según el recurso de reclamación, impiden la libre competencia o producen efectos lesivos a ésta, son las siguientes:

A.- El diseño de las bases del concurso en cuestión es ilegal, puesto que su objeto ha excedido el establecido por el artículo 28 A de la Ley N° 18.168 para el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Atentaría contra el derecho antimonopólico la circunstancia que el referido concurso haya incluido para la provisión de los servicios de transmisión de datos por internet, subsidiados por el Estado, localidades rurales en las que ya existe oferta de dichos servicios.

B.- El concurso posibilita la conducta ilícita de “precios predatorios” en perjuicio de los operadores preexistentes, puesto que el adjudicatario que provee servicios en las zonas con cobertura preexistente tendrá los costos alterados a la baja por el subsidio, especialmente si se trata de un operador con cobertura nacional, más grande y con mayor respaldo financiero.

Cabe señalar que en los libelos pretenses se solicitó que se dejara sin efecto el concurso por ser contrario al D.L. N° 211 y se declarara “en lo que interesa- que se podrá realizar un nuevo concurso, pero sólo referido a zonas o áreas que carezcan de cobertura a la fecha de la convocatoria.

Quinto: Que atento lo recién expuesto, es menester enfatizar que la parte recurrente en el escrito de reclamación no insistió en la imputación de ciertas conductas anticompetitivas descritas en las demandas, tales como el establecimiento de barreras de entrada administrativas consistentes en la incorporación de reglas excluyentes de competidores que favorecerían a quienes pueden dar cobertura nacional en desmedro de quienes sólo tienen cobertura zonal y regional. En el mismo sentido, la reclamación no contiene la atribución de fraude a la ley denunciado respecto del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones al asignar sólo frecuencias radioeléctricas -en vez de subsidio- al adjudicatario Inverca Telecomunicaciones. Esto último se explica lógicamente porque con posterioridad a la presentación de las demandas de autos dicho adjudicatario desistió de la adjudicación, siendo entregado el proyecto al Consorcio Entel, quien sí solicitó la asignación de los recursos por subsidio.

Sexto: Que a continuación es indispensable acotar nuevamente la cuestión jurídica que esta Corte ha sido llamada a resolver, según se pasa a explicar.

En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el considerando 121° del fallo solicitó a la autoridad pública realizar cambios sustanciales a los

mecanismos de asignación de subsidios con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones establecido por la Ley N° 18.168.

Esto significa que el tribunal sentenciador, además de resolver el específico conflicto jurídico antimonopólico planteado en las demandas, constató ciertas imperfecciones de la ley lesivas de la libre competencia, ante lo cual hizo uso de la potestad no jurisdiccional -según lo fallado anteriormente por esta Corte- para pedir la modificación de los preceptos legales respectivos.

Séptimo: Que en estas circunstancias no corresponde que esta Corte resuelva la situación antes puntualizada, puesto que según se colige de su naturaleza no jurisdiccional, no forma parte de la litis propiamente tal.

Así, cabe desestimar desde ya aquellos argumentos contenidos en el recurso de reclamación que recogen la extensa fundamentación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que sirve de sustento al ejercicio de la facultad prevista en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211.

Tales consideraciones explican que la Ley N° 18.168 establece beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos y que, por lo tanto, no se encuentran establecidos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica 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 (considerando 101°).

Señala que 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, lo que 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 subsidio cercano de un producto existente (considerando 92°).

Agrega que el diseño del concurso 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 distintos de conexión a internet de igual calidad a la de las demandantes, aprovechando las inversiones realizadas, y a precios que no se condicen con sus costos reales de provisión. Señala que de esta forma la empresa que se adjudicó la licitación podría desplazar a los incumbentes e imponer barreras a la entrada de potenciales competidores (considerando 93°).

También considera que el subsidio afecta la competencia en los mercados involucrados, pues puede impedir la expansión de los competidores y constituir una barrera a la entrada para nuevas empresas, dañando y poniendo en riesgo la

competencia en los mercados afectados, ello debido a la limitación de la posibilidad de utilizar los servicios intermedios ofrecidos por el ganador de la licitación, toda vez que se vuelve necesario invertir en redes locales para competir con una empresa cuyas redes fueron objeto de un subsidio (considerando 98º y 99º).

Concluye que el subsidio objeto del concurso de autos constituye una discriminación arbitraria que tiene efectos anticompetitivos, pero que dado que su fuente es legal el tribunal no aplicará sanciones sin perjuicio de su facultad para solicitar la modificación o dictación de normas, establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

Octavo: Que por lo anteriormente analizado resulta que la cuestión jurídica esencial del recurso de reclamación quedó circunscrita a dos asuntos:

- 1) Sí las bases del concurso establecieron un objeto que excede el previsto para el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en el artículo 28 A de la Ley N° 18.168, esto es, la inclusión de localidades rurales en los que proveedores preexistentes prestaban servicios de transmisión de datos por internet;
- 2) Si los subsidios otorgados en dichas localidades propiciarían prácticas predatorias.

Noveno: Que precisando el contexto fáctico de la controversia, cabe destacar que las demandantes son proveedoras privadas de transmisión de datos en las localidades ubicadas en las provincias de Maipo, Talagante y Melipilla en el caso de la demandante Netland, y en localidades emplazadas en la Provincia del Bío Bío tratándose de la actora Marcom.

Asimismo, se estableció que 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, a diferencia del servicio licitado que 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.

Décimo: Que es pertinente destacar que el concurso que motivó las demandas inicialmente fue adjudicado a Inverca Telecomunicaciones S.A. -el día 13 de marzo de 2009-; sin embargo, con posterioridad a la presentación de dichas demandas, el día 16 de diciembre del mismo año dicha empresa desistió de su propuesta. Así, la adjudicación fue ganada en definitiva por Consorcio Entel, la que a diferencia de la primera, sí solicitó subsidio para la ejecución del proyecto por la suma de \$ 22.567.657.675, habiéndose tomado razón de los decretos que otorgan las concesiones.

Undécimo: Que cabe recapitular que el primer motivo que sustenta la reclamación consiste en la alegación que las bases del concurso establecieron un objeto que excedía el previsto para el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en el artículo 28 A de la Ley N° 18.168, esto es, que improcedentemente se incluyeron localidades rurales en las que proveedores ya prestaban servicios de transmisión de datos por internet.

Duodécimo: Que el artículo 28 A de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, dispone:

“Créase el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en adelante “el Fondo”, por un periodo de diez años, contado desde la entrada en vigencia de esta ley, con objeto de promover el aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y urbanas de bajas ingresos, especialmente respecto de localidades ubicadas en zonas geográficas extremas o aisladas”.

Cabe tener presente que fue la Ley N° 19.302, que modificó la Ley General de Telecomunicaciones, la que creó el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, estableciéndose que su objeto era promover el aumento de la cobertura de servicios de la materia de que se trata, en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, especialmente respecto de localidades ubicadas en zonas geográficas extremas o aisladas. Dicho Fondo se encuentra constituido por los aportes que asigna anualmente la Ley de Presupuestos del Sector Público, sin perjuicio de poder recibir otros aportes. Para tales efectos y según lo dispuesto en el artículo 28 C de la LGT, Subtel debe elaborar un programa anual de proyectos subsidiables, el cual se pone a disposición del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones, junto a las evaluaciones técnico-económicas de los mismos y de sus respectivas prioridades sociales. El referido Fondo es administrado por el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Por último, debe indicarse que la vigencia del Fondo se extendió mediante la Ley N° 19.724 de 2001 por un período de 10 años, esto es, hasta el día 11 de mayo de 2011.

Décimo tercero: Que, por otra parte, corresponde transcribir en lo que interesa las siguientes disposiciones de las bases del concurso cuestionado:

En el artículo 1° se indica: “este proyecto busca 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”.

Agrega que su objeto es “la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión de servicio de acceso a internet en localidades rurales que actualmente carecen de acceso”.

Y añade “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 mejoren las condiciones de vida de sus habitantes”.

Y prosigue: “la prioridad del concurso está dada en la oferta de servicios de acceso a internet, con capacidad de banda ancha para el desarrollo de aplicaciones productivas, al mínimo precio posible en el menor plazo de despliegue”.

Finalmente el artículo 5 dispone: “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”.

Décimo cuarto: Que es claro que de la sola lectura del antes citado precepto legal aparece que la ley no distingue respecto a la presencia actual o potencial de prestadores de servicios de telecomunicaciones en las localidades rurales y urbanas de bajos ingresos.

Décimo quinto: Que, por otra parte, el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura.

Así, el concurso encuentra fundamento en dichos principios y tiene por objeto que el Estado en último término logre conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo mediante la prestación de un servicio, cuya regulación le compete y sobre la cual está habilitado para intervenir con las finalidades expresadas.

El esquema de competencia no es perturbado por cuanto no es tocado el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación del servicio referido. El Estado Administrador en el presente caso se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos.

Décimo sexto: Que lo antes expresado además se basa en los hechos que se desprenden de la prueba instrumental acompañada en autos, que demuestra que existen localidades rurales en todas las regiones del país que carecen de acceso a internet de banda ancha o bien que existen lugares en los que tal servicio se presta en condiciones insuficientes.

Décimo séptimo: Que acorde a los razonamientos desarrollados sólo cabe desestimar la primera imputación contenida en la reclamación, puesto que el objetivo del concurso explicitado en el artículo 1º de las bases se ajustó al contenido de lo establecido en el artículo 28 A de la Ley General de Telecomunicaciones.

Décimo octavo: Que en lo concerniente a la atribución de la conducta de precios predatorios, no hay duda de que en atención a la forma en que se encuentra redactado dicho ilícito en el artículo 3 letra c) del D.L. N° 211 no es posible que la demandada mediante el diseño o implementación del concurso materia de autos pueda convertirse en un sujeto activo de una práctica predatoria con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Décimo noveno: Que como corolario de los razonamientos expuestos y ante la ausencia de un injusto monopólico, sólo cabe rechazar el presente recurso de reclamación.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, **se rechaza** el recurso de reclamación deducido por los demandantes Netland Chile S.A. y Marcom Ltda. a fojas 2851 contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 105/2010, de veintidós de octubre último, escrita a fojas 2802.

Regístrese y devuélvase con sus tomos y agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 9265-2010

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sr. Haroldo Brito, Sr. Roberto Jacob y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos. No firman los Ministros Sr. Pierry y Sr. Brito, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos con permiso. Santiago, 15 de julio de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a quince de julio de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.